Giovanni Luchetti

OPEN TEACHING

Ricerche di DIRITTO ROMANO e di fondamenti del DIRITTO EUROPEO

Bononia
University Press

OPEN
TEACHING

Giovanni Luchetti

Ricerche di DIRITTO ROMANO e di fondamenti del DIRITTO EUROPEO

Bononia
University Press

La versione digitale di questo volume è disponibile gratuitamente grazie al contributo dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.
Visita buponline.com/openteaching

Bononia University Press
Via Foscolo 7
40123 Bologna
tel. (+39) 051 232882
fax (+39) 051 221019

ISBN 978-88-6923-730-0
ISBN online 978-88-6923-731-7

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons BY-NC-SA 4.0

Progetto di copertina e impaginazione: Design People (Bologna)

Prima edizione: gennaio 2021

Sommario

Premessa 7

L'esperienza bolognese 9

**Immagini vive del lavoro nel mondo romano.
Le *locationes operarum Dacicae*** 15

**Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile
tra potere legislativo e potere giudiziario. Profili romanistici** 27

**Le interferenze nell'avveramento della condizione:
la riflessione di Giuseppe Grosso fra tradizione romanistica
e globalizzazione giuridica** 53

**Gli orizzonti della democrazia:
l'esperienza romana tra *res publica* e principato** 77

**Breves consideraciones acerca de la relevancia jurídica
de la concepción** 109

La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane 119

Indice delle fonti 137

Premessa

Ripubblico qui una serie di contributi già editi in varie sedi dal 2012 al 2019. Si tratta di un gruppo di lavori tutti dedicati ad approfondimenti riguardanti il diritto romano (con esclusione di quelli che riguardano la storia delle fonti e la giurisprudenza) nonché i fondamenti del diritto europeo e che in più casi presentano spunti di riflessione rispetto all'esperienza giuridica contemporanea. Non si tratta peraltro di tutti i contributi pubblicati sui temi indicati nel predetto arco di tempo, essendo stati omessi quelli che, pur presentando differenze anche significative, almeno in parte riprendono temi già trattati. Non sono dunque qui riprodotti i seguenti lavori:

- *El valor del precedente jurisprudencial en el Derecho Romano y en la Tradición Romanística*, in *Vergentis - Revista de Investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III*, 7, 2018, pp. 95-121;
- *Le interferenze nell'avveramento della condizione fra tradizione romanistica e globalizzazione giuridica*, in AA.VV., *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, pp. 215-237.

Un pensiero grato va a Elena Pezzato e Martina Beggiato che, con la consueta dedizione, hanno rivisto i dattiloscritti originali e redatto l'indice delle fonti.

L'esperienza bolognese*

Anzitutto voglio esprimere anch'io i miei più calorosi ringraziamenti ai colleghi e amici Gianni Santucci e Paolo Ferretti per aver organizzato questo seminario. L'iniziativa merita davvero un plauso particolare perché, a distanza ormai di un ventennio dal primo inserimento dei Fondamenti del diritto europeo nel percorso formativo delle Scuole di Specializzazione per le professioni legali, è oggi davvero necessario fare il punto della situazione per verificare il livello di diffusione e le modalità di insegnamento (e ancor prima dell'indagine scientifica) di questa giovane disciplina. Spero anzi che da questo nostro seminario possa venire una più generale riflessione su temi e saperi oggetto del nostro settore disciplinare, in una logica che deve certamente condurre al riconoscimento di una pari dignità dei temi di ricerca, ma che non può prescindere, in un quadro di "modernizzazione" dell'offerta didattica, dalla valorizzazione dei Fondamenti, la cui collocazione come momento di confine del settore, sia sul piano della ricerca che su quello della didattica, assume il compito centrale di rendere più solido e diffuso il dialogo della romanistica di oggi con materie e colleghi non immediatamente contigui, ma potenzialmente vicini, quali anzitutto quelli che insegnano il Diritto privato e, guardando alla costituzione romana, il Diritto pubblico.

---

* Pubblicato in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno. Trento, 13-14 dicembre 2018*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste, 2019, pp. 125-131.

In questa logica due mi sembrano i principali obiettivi da perseguire. Il primo è quello di inserire stabilmente l'insegnamento di Fondamenti nel percorso formativo della laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza e ciò senza rinunciare agli spazi che soprattutto ora si aprono, proprio per i Fondamenti, nella nuova laurea magistrale in Scienze giuridiche. Il secondo è quello di rivendicare al nostro settore disciplinare l'insegnamento dei Fondamenti e ciò non solo in osservanza della declaratoria, ma anche perché la dimensione diacronica dello studio e dell'insegnamento dei Fondamenti, pur richiedendo diverse competenze, presuppone una ineludibile conoscenza del diritto antico che solo il romanista può avere.

Siamo però qui per discutere insieme sulle nostre esperienze di ricerca e di didattica e a me tocca ovviamente esporre quella bolognese, che, lo dico già iniziando la mia riflessione, è una storia atipica rispetto a quelle di altre realtà in Italia. È atipica perché a Bologna i Fondamenti entrano simultaneamente e molto presto sia nel percorso formativo della Scuola di specializzazione, sia nel percorso dell'allora 3+2 nell'ambito della laurea specialistica. Questo avviene perché fin dall'inizio si fece la scelta (poi rivelatasi azzeccata) di suddividere il vecchio corso biennale di Diritto romano in due parti, ciascuna con sette crediti, una più tradizionale, cui venne conservata l'intitolazione di Diritto Romano, con la titolarità di Danilo Dalla e una appunto, allora sperimentale, di Fondamenti del diritto europeo con la mia titolarità.

La scelta, allora particolarmente innovativa rispetto al panorama nazionale, si consolidò nel momento di passaggio alla laurea magistrale a ciclo unico, laddove fu fatta la scelta condivisa di concentrare tutti e quattordici i crediti sul corso di Fondamenti del diritto europeo (successivamente ridenominato, per caratterizzarlo maggiormente, come Fondamenti romanistici del diritto europeo). Questo ha portato nella realtà bolognese ad avere un corso semi-obbligatorio di quattordici crediti (alternativo a un corso di crediti equivalenti di *Ius* 19), con la possibilità fra l'altro per gli studenti di "recuperare" fra gli opzionali quello dei due corsi che non fosse stato scelto in prima battuta.

Il risultato è stato che a Bologna da oltre dieci anni abbiamo un corso di Fondamenti romanistici del diritto europeo di quattordici crediti (novantasei ore di didattica frontale) con circa ottocento esami all'anno e con un problema di crescita che sta creando notevoli difficoltà in termini di spazi della didattica, a tal punto da richiedere al più presto (e appena saranno disponibili le necessarie risorse) uno sdoppiamento che permetta di gestire quello che è diventato il corso con il maggior numero di studenti di tutta la laurea magistrale a ciclo unico. Peraltro il

successo nella didattica dei Fondamenti non si arresta qui. È stato infatti creato da qualche anno un corso in lingua inglese (di quaranta ore) nell'ambito dell'offerta didattica del Dipartimento di Scienze politiche e sociali e, proprio quest'anno, un altro, sempre in inglese, nel secondo anno della neonata laurea magistrale in Scienze giuridiche (ancora di quaranta ore). A questo si aggiunge un corso in italiano da vari anni presente nella sede di Ravenna che costituisce una perfetta replica (quattordici crediti e novantasei ore di didattica frontale) di quello della magistrale bolognese. Un ulteriore corso breve è infine presente anche nell'offerta didattica della Scuola di specializzazione per le professioni legali.

Per riepilogare possiamo dunque concludere col dire che a Bologna i Fondamenti romanistici del diritto europeo hanno in quattro corsi di laurea poco meno di trecento ore di didattica frontale, con oltre mille esami all'anno e un numero sempre crescente di tesi di laurea che – e il dato va monitorato perché non deve diventare in qualche modo il risultato di una patologia – tendono a sopravanzare il numero complessivo delle tesi assegnate e discusse nell'ambito dei corsi obbligatori di Istituzioni di diritto romano. Quest'ultimo aspetto è comunque da ritenersi complessivamente positivo perché ha permesso di instaurare un rapporto continuativo fra gli studenti e il diritto romano fino al quarto e al quinto anno di corso, circostanza che si è rivelata utile anche ai fini del reclutamento, a livello di dottorato, degli studenti maggiormente motivati.

Il successo dell'esperienza bolognese non si misura però solo su questi numeri. Il corso di Fondamenti ha infatti contribuito a creare un dialogo in ambito didattico e scientifico con i colleghi delle discipline di diritto positivo, *in primis* privatisti e costituzionalisti, dialogo che spesso si risolve anche in cotutele nelle tesi di laurea, nonché un interesse riflesso degli studenti nei confronti del diritto romano perché è nei corsi di Fondamenti che questi ultimi hanno l'occasione di "toccare con mano" l'importanza attuale del diritto romano nella formazione degli ordinamenti giuridici contemporanei, in un quadro in cui la straordinaria esperienza giuridica del passato diventa fattore determinante della conoscenza del presente, in una consapevolezza del ruolo determinante del diritto romano, anche *de iure condendo*, nelle soluzioni adottate e adottande nel diritto contemporaneo.

A questa esperienza didattica si lega come inevitabile presupposto quella scientifica. E qui, sperando di non sottrarre troppi argomenti all'intervento dell'amico Aldo Petrucci, mi corre l'obbligo di tratteggiare gli sviluppi nel tempo di quello che, nell'ultimo quindicennio, è diventato un sodalizio scientifico basato sulla reciproca stima e fiducia.

Quando mi sono trovato a gestire prima come professore associato e poi come giovane professore ordinario il corso di Fondamenti ero certamente impreparato a farlo. La mia formazione essenzialmente storica, che rifuggiva da ogni ipotesi, anche solo sfumata, di attualizzazione, non era forse la più adatta per progettare un corso di Fondamenti. In questo quadro ad Aldo venne l'idea di costruire un corso che si occupasse di singoli temi in una prospettiva di comparazione diacronica, che però non si limitasse al confronto fra presente e passato, ma potesse giovarsi di una prospettiva *de iure condendo*, legata appunto ai numerosi progetti europei in materia di unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti (per loro evidente natura più adatti a tentativi di armonizzazione). Erano stati da poco pubblicati i *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione Lando che ci parvero più adatti di altri per costituire un punto di riferimento al nostro lavoro, anche perché nel dettagliato commento ai singoli articoli dei *PECL* mancava del tutto una prospettiva storica che era proprio il contributo che noi volevamo (e potevamo) dare[1].

Ci siamo così messi al lavoro, giovandoci dell'apporto determinante dei giovani pisani e soprattutto bolognesi che furono immediatamente coinvolti a pieno titolo nell'impresa. Il risultato dell'indagine così impostata fu la pubblicazione del primo volume del 2006 dedicato appunto ai *PECL*[2]. Le idee guida del progetto furono essenzialmente tre.

La prima: non limitarci a una ricostruzione in chiave storico-comparatistica dei vari istituiti, ma rovesciare provocatoriamente la prospettiva partendo non dal presente per arrivare al passato, ma piuttosto dagli stessi progetti di unificazione giuridica, nel nostro caso i *PECL*, per arrivare retrospettivamente al diritto romano. La seconda: sviluppare l'indagine in una logica di comparazione diacronica che coinvolgesse il diritto intermedio nella consapevolezza che non ci si potesse limitare alla comparazione fra "modelli" e contestualmente allargando la comparazione sincronica alle principali codificazioni europee ed extraeuropee. La terza: lavorare sulle fonti, non limitandoci in questo al diritto romano, ma allargando

[1] Cfr. O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague-London-Boston 2000 (= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte I e II*, edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001); Id., *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague-London-New York 2003 (= *Principi di diritto europeo dei contratti. Parte III*, edizione italiana a cura di C. Castronovo, Milano 2005).

[2] Cfr. a questo proposito G. Luchetti, A. Petrucci (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando,* Bologna 2006.

la prospettiva al diritto intermedio e contemporaneo per dare agli studenti nella didattica la piena consapevolezza delle continuità e delle discontinuità e la possibilità di vederle da vicino.

Nel seguire queste tre idee guida le difficoltà maggiori le abbiamo incontrate nell'attuazione della seconda e della terza. In particolare, ritenuto indispensabile, nella comparazione diacronica, ripercorrere anche gli sviluppi del diritto intermedio, ci siamo dovuti confrontare con questioni e temi ormai quasi abbandonati nelle indagini degli storici del diritto, andandoci a rileggere di volta in volta, di prima mano, la Glossa accursiana, Bartolo, Baldo, per poi passare, a seconda dei temi, attraverso i culti e il giusnaturalismo, fino ad arrivare a Domat e, come punto finale di approdo, a Pothier. Lo sforzo è stato notevole e forse non esente da errori e lacune, ma comunque è stata, soprattutto per i giovani, un'esperienza straordinariamente formativa e quindi estremamente utile.

Difficoltà minore, ma non irrilevante è stata poi quella di studiare e mettere a confronto i principali Codici contemporanei, non limitandoci al dettato normativo, ma cercando di approfondire, caso per caso anche gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali. Tutto ciò nella convinzione che i Fondamenti non possano essere studiati e insegnati in una dimensione neopandettistica che abbia come raffronto al diritto antico esclusivamente il diritto nazionale (in una diacronia alla Di Marzo per intenderci)[3], ma che la comparazione diacronica debba realizzarsi in un confronto serrato fra il diritto del passato e quello del mondo contemporaneo, intendendo come espressione di quest'ultimo i principali codici europei (in particolare Code civil, ABGB, Código civil español, BGB, Codice civile e delle obbligazioni svizzero, Código civil português, Codice civile olandese)[4], ma senza perdere di vista una dimensione più ampia, estesa anche alle esperienze extraeuropee, fra cui si possono ricordare, fra le altre, quelle dei recenti Codici civili brasiliano e argentino o quella del Codice civile della provincia canadese del Québec[5].

[3] Cfr. S. Di Marzo, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino 1950.

[4] Senza escludere altre realtà soprattutto dell'est europeo, come ad esempio, il Codice civile polacco e il recente Codice civile della Repubblica ungherese, nonché il *Tsiviilseadustiku üldosa seadus* estone e l'*Obligacijski zakonik* sloveno, così come, guardando al di fuori dell'Unione Europea, il Codice civile della Repubblica federativa russa.

[5] Cfr. *Código Civil Brasileiro* (2002-2003); *Código Civil y Comercial de la Nación Argentina* (2014-2015); *Code civil du Québec* (1991-1994). Mi riferisco in particolare a questi tre codici perché non solo espressione di importanti tradizioni giuridiche nazionali, ma anche perché fra i più recenti codici civili nella realtà internazionale.

L'idea del diritto comune europeo (inteso più come fenomeno culturale che come diritto vigente in un preciso contesto geografico e politico) è stata insomma una linea guida nella ricerca e nella didattica, consolidandosi dopo la pubblicazione, nel 2009, del *Draft Common Frame of Reference*, che, pur con tutti i suoi ben noti limiti, si è sostituito ai *PECL* come ideale punto di confronto nella didattica e nella ricerca[6]. In questo contesto si collocano i volumi, pubblicati nel 2009 e nel 2010 e dedicati appunto al *Draft*, che costituiscono un ampliamento di prospettiva e un allargamento dell'indagine rispetto al volume del 2006[7].

Certo questa massa di materiali non sempre risulta di facile apprendimento per gli studenti, ma l'analisi diretta delle fonti permette loro di apprezzare il ruolo centrale del diritto romano nella formazione dei moderni sistemi di *Civil Law* anche quando gli aspetti di discontinuità (che vanno di volta in volta indagati) prevalgono su quelli di continuità, rendendo fra l'altro il compito di ricerca dello studioso certamente assai più appassionante.

Peraltro come dicevo, e per concludere questo mio intervento, credo davvero che i Fondamenti, soprattutto nella loro dimensione didattica, possano essere una parte importante della nostra disciplina, nella loro funzionalità a dimostrare come il diritto non possa vivere al di fuori della sua storia e nella consapevolezza che solo il romanista detiene gli strumenti indispensabili per indagarla a fondo.

[6] Cfr. C. von Bar, E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full edition*, I-VI, Munich 2009.

[7] Mi riferisco ai tre volumi apparsi appunto fra il 2009 e il 2010: G. Luchetti, A. Petrucci (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2009; *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010; *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010.

Immagini vive del lavoro nel mondo romano. Le *locationes operarum Dacicae*[*]

Da storico del diritto mi piace ricordare quanto Marcello Pedrazzoli espone nell'*Avvertenza* premessa al suo ampio lavoro monografico, dal titolo *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*: «Ne è derivata un'impostazione che definirei eclettica se non sapessi che ciò potrebbe essere usato contro di me; nella quale, ad esempio, i prodotti teorico-dottrinali sono nettamente preferiti a quelli giurisprudenziali, la ripercussione ideologica è importante come il dato applicativo, l'esperienza comparata è altrettanto significativa di quella del diritto nazionale, le risultanze storiche sono predilette rispetto a quelle attuali e, infine, non è marginale avvalersi delle acquisizioni offerte da alti sistemi di conoscenza, *in primis* dalle teorie sociologiche, politologiche ed epistemologiche»[1].

Si tratta di un'importante premessa di metodo che, nonostante la prudente riserva iniziale, così sagacemente formulata dall'autore, appare essere meritevole di condivisione e straordinariamente attuale. Essa infatti esprime con efficacia l'aspirazione del giurista contemporaneo a superare le angustie del diritto codificato, riuscendo a cogliere appieno, attraverso la matura consapevolezza della relatività storica del fenomeno giuridico, il significato del presente e i segni delle future evoluzioni[2].

---

* Pubblicato in AA.VV., *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, a cura di L. Nogler e L. Corazza, Milano, 2012, pp. 212-220.

[1] M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985, p. viii.

[2] A tale ultimo proposito non appare forse superfluo sottolineare che proprio Marcello Pedrazzoli si

Queste considerazioni hanno reso particolarmente gradito l'invito rivoltomi dal collega ed amico Luca Nogler ad affrontare, nello spirito del dialogo con l'autore, un tema romanistico che potesse essere di qualche interesse anche per il lettore giuslavorista. In questa prospettiva, ho cercato di individuare un argomento in grado di offrire un'immagine viva del lavoro nel mondo romano, qualche fotogramma nitido e sorprendente del concreto atteggiarsi del diritto in una realtà che, pur così distante cronologicamente, esercita il suo influsso anche sul mondo contemporaneo, attraverso il peso della tradizione culturale da essa derivata[3].

Intendo, quindi, soffermarmi, sia pure brevemente, su alcuni documenti della prassi, redatti su *tabulae ceratae*, che permettono di conoscere le clausole dei contratti di lavoro utilizzati per le attività che dovevano essere prestate, da parte di uomini liberi, nelle miniere d'oro della Transilvania[4].

Questi documenti presentano caratteristiche comuni. Sono confezionati in un

è reso promotore di un importante Seminario-convegno in memoria di Federico Mancini, svoltosi a Bologna nelle giornate del 25 e del 26 settembre 2009, dal titolo «*Verso un nuovo lessico giuslavoristico*», che ha portato alla pubblicazione di ben tre volumi, in cui sono raccolti numerosi contributi sui più recenti sviluppi del diritto del lavoro (cfr. *Lessico giuslavoristico*, I, *Lavoro*, Bologna, 2010, pp. 193; *Lessico giuslavoristico*, II, *Impresa*, Bologna 2010, pp. 197; *Lessico giuslavoristico*, III, *Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bologna, 2011, pp. 209). Nel *paper Verso un nuovo lessico giuslavoristico: inventario di questioni*, ora pubblicato in appendice a ciascuno dei tre libri, Marcello Pedrazzoli invita gli studiosi ad «adottare una duplice ottica, *interdisciplinare* e, correlativamente, *comparata*» (cito da p. 172 dell'ultimo volume), per potersi avvicinare in modo adeguato alla variegata complessità dei fenomeni in atto.

[3] Sul punto, v. in particolare R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, *praecipue* pp. 25-49; P. Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge, 1999, pp. 38-132. Sulla fondazione della scienza giuridica a Roma cfr. ora A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, pp. 155-264.

[4] Per un'introduzione sui c.d. trittici di Transilvania, scoperti a Roşia Montană, l'antica *Alburnus maior*, tra il 1786 e il 1885, cfr. Th. Mommsen, *Istrumenta Dacica in tabulis ceratis conscripta aliaque similia*, in *CIL*, III.2, Berolini, 1873, pp. 921-923; *cui adde* G. Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, Zutphen, 1983, pp. 2-11 e V. Şotropa, *Le droit romain en Dacie*, Amsterdam, 1990, pp. 199-200 e pp. 252-259 (per la bibliografia). Tre sono i documenti che, tra quelli a noi pervenuti, concernono rapporti di lavoro: cfr. *CIL*, III.2, nn. IX-XI, pp. 948-949; K. G. Bruns-O. Gradenwitz, *Fontes iuris romani antiqui*[7], I, *Leges et negotia*, Tübingen, 1909 [rist. Aalen, 1969], n. 165, 1-3, pp. 370-371. Più in generale, sulla documentazione degli atti giuridici nel mondo romano, v. in particolare L. Bove, *Le tabulae ceratae*, in *Atti del XVII Congresso internazionale di Papirologia*, III, Napoli, 1984, pp. 1189-1200; *cui adde* H. Blanck, *'Scriptoria' e biblioteche nel mondo classico*, in *La città e la parola scritta*, a cura di G. Pugliese Carratelli, Milano, 1997, pp. 23-50.

esiguo arco temporale, comprendente gli anni 163-164 dell'era volgare[5]. Attestano la conclusione di contratti di lavoro riconducibili allo schema della *locatio operarum* romana[6]. Assumono la forma del chirografo e sono materialmente redatti da persona diversa dal prestatore di lavoro, perché quest'ultimo è analfabeta[7]. Il *locator operarum* rilascia al *conductor* una dichiarazione, avente ad oggetto il contenuto del regolamento contrattuale e destinata ad assumere valore probatorio[8].

Riporto di seguito il testo del documento meglio conservato dei tre che conosciamo, nell'edizione curata da Vincenzo Arangio-Ruiz[9]:

Macrino et Celso cos. XIII Kal(endas) Iunias. Flauius Secundinus scripsi rogatus a Mem|mio Asclepi, quia se lit[*ter*]as scire negauit, it quod dixsit se locas[*se*] et locauit | operas s[*ua*]s opere aurario Aurelio Adiutori ex ha[*c*] die [*in*] idus Nouembres | proxsimas [(*denariis*) *se*]ptaginta cibarisque. [*Mercede*]m per [*te*]mpora accipere |

[5] *CIL*, III.2, n. IX, p. 948 (a. 163); *CIL*, III.2, n. X, p. 948 (a. 164); *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (s.d.). Nonostante l'impossibilità di offrire una datazione precisa per quest'ultimo documento, è verisimile ipotizzare che la sua redazione sia cronologicamente contigua a quella degli altri: J. Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Paris, [1964], p. 188; Id., *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, Camerino, 1982, p. 105; Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 39.

[6] Cfr., sul punto, da ultimo, E. Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, in *Athenaeum* 95, 2007, p. 84. Sulla *locatio operarum* in diritto romano cfr. il quadro d'insieme fornito da A. Masi, v. *Locazione (storia)*, in *ED*, XXIV, Milano, 1974, pp. 913-914. Com'è noto, l'obbligazione di lavoro in diritto romano poteva scaturire, oltre che dalla conclusione di una *locatio operarum*, da una *stipulatio operarum*, dalla *promissio iurata liberti*, dal mandato, dalla *pollicitatio*, dal legato, da negozi rientranti nel novero dei contratti innominati: cfr. a questo proposito F. M. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 119.

[7] V. sul punto Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, cit., pp. 186-187; Id., *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 105; Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, cit., p. 84. Sull'impiego dei chirografi nell'antichità, cfr. U. E. Paoli, v. *Chirografo (Diritto greco e diritto romano)*, in *NNDI*, III, Torino, 1959, pp. 211-212; O. Licandro, *Il «diritto inciso». Lineamenti di epigrafia giuridica romana*, Catania, 2002, p. 187.

[8] Cfr. in particolare Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, cit., p. 187; Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 44; Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, cit., pp. 84-85.

[9] V. Arangio-Ruiz, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III[2], *Negotia*, Florentiae, 1969, n. 150a, pp. 466-467. L'edizione di Vincenzo Arangio-Ruiz tiene conto delle emendazioni a suo tempo proposte da J. Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, in *Revue de philologie, de littérature et d'histoire anciennes* 63, 1937, pp. 97-104 (= *Les bonnes leçons*, Paris, 1968 [rist. 1990], pp. 101-112). Sull'importanza di tali emendazioni cfr. lo stesso V. Arangio-Ruiz, *Epigrafia giuridica greca e romana*, in *SDHI* 5, 1939, pp. 621-622.

debebit. S[*ua*]s operas sanas valentes [*ede*]re debebit conductori [*s*(*upra*) *s*(*cripto*)]. || Quod si inuito condu[*c*]tore recedere aut cessare uoluer[*it, da*]re | debebit in dies singulos (sestertios) V numeratos de sum[*ma m*]erced[*is. Quod si*] | fluor impedierit, pro rata computare debebi[*t*]. Conduc[*to*]r si tem[*po*]|re peracto mercedem sol[*u*] endi moram fecerit, ead[*em*] p[*oena*] | tenebitur exceptis cessatis tribus. || Actum Immenoso Maiori. | Titus Beusantis | qui et Bradua. | Socratio Socra|tionis. | [*M*]emmius Asclepi.

Il chirografo data al 20 maggio del 164 d.C. ed è materialmente redatto dallo scriba Flavio Secondino, su richiesta del prestatore di lavoro analfabeta Memmio, figlio di Asclepio[10]. Il documento è stato confezionato nel villaggio *Immenosum maius* e presenta, oltre alla sottoscrizione del prestatore di lavoro Memmio, quella di altre due persone, sul ruolo delle quali sono state formulate diverse ipotesi[11].

Il *locator operarum* si obbliga nei confronti del *conductor* Aurelio Adiutore a lavorare nelle miniere d'oro dal 20 maggio al 13 novembre. È possibile ritenere che Aurelio Adiutore sia il titolare di una concessione per lo sfruttamento della

[10] Che *Asclepi* sia un genitivo patronimico e non indichi invece il nome del *dominus* di uno schiavo è ormai comunemente ammesso (cfr. tra gli altri A. Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, in *Classical Philology* 43, 1948, pp. 232-233). Memmio, pur essendo analfabeta, è comunque in grado di apporre la propria sottoscrizione in calce al documento. Sul punto, v. le osservazioni di Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, cit., p. 98 (= *Les bonnes leçons*, cit., p. 103). Sulla manodopera impiegata nello sfruttamento delle miniere cfr. M. Corbier, *Salaires et salariat sous le haut-empire*, in *Les «dévaluations» à Rome. Époque républicaine et impériale*, II, Roma, 1980, pp. 79-81; S. Mrozek, *Le travail des hommes libres dans les mines romaines*, in *Minería y metalurgia en las antiguas civilizaciones mediterráneas y europeas*, II, Madrid, 1989, pp. 163-168.

[11] In calce al documento figurano i nomi di *Titus Beusantis qui et Bradua* (*scil.* soprannominato anche *Bradua*) e di *Socratio Socrationis*. Il primo personaggio compare nelle vesti di *conductor operarum* nel documento pubblicato in *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (s.d.). È molto probabile che anche *Socratio Socrationis* sia da identificare con il *conductor operarum* di *CIL*, III.2, n. IX, p. 948. In questo senso, v. la decisa presa di posizione di Arangio-Ruiz, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, III^2, cit., n. 150a, p. 467, nt. 7. Quest'ultimo autore formulava anche l'ipotesi che *Titus* e *Socratio* fossero soci di Aurelio Adiutore e che loro comparissero nel documento quasi in qualità di *adiecti solutionis causa*. In senso contrario, v. le considerazioni di Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., pp. 233-234, che ritiene possa trattarsi invece di impiegati amministrativi. L'opinione formulata da Berger è accettata da V. Arangio-Ruiz, *Minima de negotiis*, in *Studi in onore di U. E. Paoli*, Firenze, 1956, p. 8, nt. 3. Sul punto, v. comunque la più prudente posizione espressa da Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, cit., pp. 195-196; Id., *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., pp. 109-110.

miniera[12]. La scadenza del rapporto di lavoro alle idi di novembre è caratteristica di tutte le *locationes operarum Dacicae*[13]. Sulla base di questo dato è stato ipotizzato che l'attività di estrazione venisse posta in essere soltanto da maggio a novembre o che le idi di novembre rappresentassero il termine della concessione per lo sfruttamento della miniera[14].

L'estensore del chirografo così descrive l'obbligazione di lavoro assunta dal *locator* Memmio:

ll. 2-3: …dixsit se locas[*se*] et locauit | operas s[*ua*]s opere aurario…

La formula utilizzata – in questo e negli altri chirografi delle *locationes operarum Dacicae*[15] – ha attirato l'attenzione della dottrina, che ha ritenuto di poter intravedere nell'impiego dell'espressione *se locasse* la traccia di un'originaria condizione di assoggettamento del prestatore di lavoro nei confronti del datore di lavoro[16]. È stato fatto rilevare, tuttavia, che il pronome *se* debba essere inteso come soggetto di *locasse* e sono stati addotti numerosi esempi in tal senso delle fonti[17]. Questa for-

[12] In questo senso v. Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 233; Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., pp. 40-41; Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, cit., p. 84. Sulle modalità attraverso le quali poteva realizzarsi lo sfruttamento di un giacimento minerario, cfr. E. Cuq, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, pp. 87-133.

[13] Cfr. *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (s.d.). Più complesso si presenta il caso di *CIL*, III.2, n. IX, p. 948 (a. 163): il chirografo è stato confezionato il 22 novembre e prevede la scadenza delle idi del mese di novembre successivo. Per la supposizione che possa trattarsi di un reclutamento anticipato cfr. Arangio-Ruiz, *Minima de negotiis*, cit., p. 8, nt. 3.

[14] La prima spiegazione è prospettata da Arangio-Ruiz, *Minima de negotiis*, cit., p. 8. Per la seconda ipotesi, cfr. le osservazioni di Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, p. 236 e di Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, cit., p. 198; Id., *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 105. Sul punto v. più di recente anche I. Molnár, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella «locatio-conductio»*, in *Labeo* 32, 1986, pp. 307-308.

[15] Formulazioni analoghe si trovano in *CIL*, III.2, n. IX, p. 948 (ll. 2-3 «…dixit se loca[sse] et locavit…» e in *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (ll. 3-4: «…fatetu[r] se locasse et [l]oca[v]it…»).

[16] Così Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, cit., p. 99 (= *Les bonnes leçons*, cit., p. 104); Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., pp. 44-47.

[17] Decisivo appare essere l'argomento che può essere ricavato dall'impiego dell'espressione «…dixit se accepisse et accepit…» nella l. 3 del documento edito in *CIL*, III.2, n. XII, p. 949, redatto il 29 maggio del 167 ad *Alburnus maior*. Cfr. sul punto Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 235; Macqueron, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*,

mula e le altre equivalenti che ricorrono nei documenti della prassi possono essere considerate in realtà semplici «*Redewendungen*»[18].

Attraverso l'impiego dell'espressione *opere aurario* viene delimitato l'oggetto dell'attività del *locator*: egli dovrà lavorare all'estrazione dell'oro dalla miniera[19]. Il prestatore di lavoro riceverà complessivamente una mercede di settanta denari e la somministrazione del vitto[20]. Il pagamento della mercede sarà effettuato dal conduttore *per tempora*, vale a dire a scadenze regolari[21].

Il chirografo documenta inoltre la previsione di penali, a carico di entrambe le parti del rapporto[22]. Venivano espressamente disciplinate le ipotesi di

cit., pp. 196-197; Id., *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 109, nt. 2; C. Möller, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht. Das Fortwirken des römischen Rechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Göttingen, 1990, pp. 42-44; Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, cit., pp. 85-86.

[18] V. sul punto le osservazioni di M. Talamanca, *rec.* C. Möller, *Freiheit und Schutz im Arbeitsrecht*, cit., in *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 640-641. L'autore efficacemente sottolinea come la «duplicazione fra la descrizione della dichiarazione e quella dell'effettivo agire negoziale» riveli «l'ansia del – cattivo – notaio (ancora più comprensibile per il più o meno letterato scrivano del documento dacico), diretta ad evitare che il documento possa esser, in senso generico, impugnato perché manchi qualcosa».

[19] Rivela forse un maggiore scrupolo la formulazione di *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (s.d.), che, oltre a contenere un'analoga espressione, estende l'impegno del lavoratore al *quidquit opus fuerit*, vale a dire a tutto ciò di cui ci sarà bisogno. Il riferimento all'*opus aurarium* non è invece contenuto in *CIL*, III.2, n. IX, p. 948 (a. 163).

[20] I primi editori a l. 4, dove si determina l'ammontare della mercede spettante al prestatore di lavoro, leggevano *septaginta liberisque* (v. *CIL*, III.2, n. X, p. 948). Per l'emendazione di *liberisque* in *cibarisque*, cfr. Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, cit., pp. 102-104 (= *Les bonnes leçons*, cit., pp. 109-112). L'emendazione è accolta in F. Girard-F. Senn, *Textes de Droit romain*[6], Paris, 1937, p. 160. Sul punto, v. anche, in senso adesivo, Arangio-Ruiz, *Epigrafia giuridica greca e romana*, cit., p. 622 e nt. 4; Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., pp. 42-43; Lo Cascio, *I valori romani tradizionali e le culture delle periferie dell'impero*, cit., p. 85, nt. 35. Per una diversa proposta, v. tuttavia R. Röhle, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in *SDHI* 34, 1968, pp. 188-191. Sul punto cfr. anche Mrozek, *Le travail des hommes libres dans les mines romaines*, cit., p. 166 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

[21] In questo senso, v. Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 51. Secondo l'autore, le scadenze erano probabilmente fissate dal costume o da un «*règlement minier*». Secondo Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 236, le scadenze dovevano essere «*certainly fixed in the general mine regulations*». Per Şotropa, *Le droit romain en Dacie*, cit., p. 218, il pagamento poteva avvenire mensilmente o settimanalmente.

[22] Trattandosi di una *locatio operarum*, dunque di un rapporto incluso nel novero dei *bonae fidei iudicia*, a far sorgere l'obbligazione di pagare la penale è sufficiente un semplice patto. V. sul punto, Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 44. L'obbligazione di pagare una penale può sorgere in diritto

recessio o *cessatio* contro la volontà del conduttore da parte del prestatore di lavoro[23]:

> ll. 6-7: Quod si inuito condu[*c*]tore recedere aut cessare uoluer[*it, da*]re | debebit in dies singulos (sestertios) V numeratos de sum[*ma m*]erced[*is*…

In suddette ipotesi dalla retribuzione complessiva dovuta sarebbe stata trattenuta la somma di cinque sesterzi, per ogni giorno in cui il lavoratore non avesse adempiuto l'obbligazione di lavoro contratta[24]. Una penale di identico importo era prevista a carico del datore di lavoro che non avesse effettuato il pagamento nei tre giorni successivi alle scadenze previste[25].

Rivestono poi particolare interesse le clausole contrattuali destinate a regolare

---

romano a seguito dell'impiego degli schemi giuridici dell'obbligazione verbale, del patto aggiunto ad un contratto di buona fede (cfr. D. 18, 7, 7 [Papin. 10 *quaest.*]; D. 19, 1, 13, 26 [Ulp. 32 *ad ed.*]) e del legato penale (cfr. D. 35, 2, 1, 8 [Paul. *l. sing. ad l. Falc.*]; D. 36, 2, 24, 1 [Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*]). Sul punto, cfr., in particolare, Voci, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, p. 319 (= *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, p. 365), nonché M. Talamanca, v. *Pena privata*, in *ED*, XXXII, Milano, 1982, pp. 712-714.

[23] Il primo termine si riferisce ad una interruzione definitiva del rapporto di lavoro, il secondo ad una interruzione solo temporanea nella prestazione delle *operae*: cfr. sul punto Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 240.

[24] C. Zanghemeister, *CIL*, III.2, n. X, p. 948, segnala una lacuna dopo il participio *numeratos* e ricorda in nota che l'*editio princeps* di Finály (1861) conteneva la faticosa lettura *singulos s. unum ere oc*. È stata successivamente proposta da Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, cit., p. 99 (= *Les bonnes leçons*, cit., p. 104-105), l'integrazione «singul(*os*) de sum[*ma me*]rcedis» o «singul(*atim*) de sum[*ma me*]rcedis». L'edizione del documento in Girard-Senn, *Textes de Droit romain*[6], cit., si limita a segnalare la lacuna. L'emendazione veniva giudicata opportuna da Arangio-Ruiz, *Epigrafia giuridica greca e romana*, cit., pp. 621-622. Lo stesso autore nella sua edizione del documento (cfr. *supra*, nt. 9) procedeva ad integrare solo con «de sum[*ma m*]ercedis», non ravvisandosi nell'apografo alcuna traccia delle lettere *sing*. L'emendazione di Vincenzo Arangio-Ruiz è accolta da Macqueron, *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 109, nt. 6. Deve essere, tuttavia, pure segnalata la diversa lettura proposta da R. Röhle, *Anmerkungen zu CIL 3, 948, 10, l. 7*, in *SDHI* 33, 1967, pp. 390-391: «[*d*]ebebit in dies singulos HS V num(*mos*) (*a*)ere octuss(*is*) c[*ond*]uc[*tor*]i». Quest'ultima è accettata da Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., pp. 43-44 e da Şotropa, *Le droit romain en Dacie*, cit., p. 218.

[25] Cfr. ll. 9-10: Conduc[*to*]r si tem[*po*]|re peracto mercedem sol[*u*]endi moram fecerit, ead[*em*] p[*oena*] | tenebitur exceptis cessatis tribus. V., sul punto, le osservazioni di Laborderie, *Un contrat de travail dans les mines de Dacie au temps des Antonins*, cit., p. 198; *cui adde* Carcopino, *Note sur la tablette de Cluj. C.I.L. III, n° X, p. 948*, cit., pp. 98-99 (= *Les bonnes leçons*, cit., pp. 103-104) e Macqueron, *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 109, nt. 8.

alcune ipotesi di sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore. Il *locator operarum* si impegna a prestare *suas operas sanas valentes*[26]:

l. 5: …S[*ua*]s operas sanas valentes [*ede*]re debebit conductori [*s*(*upra*) *s*(*cripto*)].

Il rischio della malattia è in tal modo addossato al prestatore di lavoro[27]. Quest'ultimo non riceverà alcuna retribuzione nel caso in cui la *valetudo* impedisca il puntuale adempimento dell'obbligazione[28]. Ulteriore clausola ha poi ad oggetto l'ipotesi in cui un'inondazione impedisca l'esecuzione della prestazione da parte del *locator operarum*:

ll. 6-7: ...*Quod si*] | fluor impedierit, pro rata computare debebi[*t*]…

Anche in questo caso, è prevista una riduzione proporzionale dell'ammontare della retribuzione dovuta al lavoratore[29].

Le tavolette di Transilvania offrono dunque un interessante spaccato della pratica del II sec. d.C. in ordine al problema della tutela del lavoratore a fronte delle

[26] Previsioni analoghe sono contenute nei documenti pubblicati in *CIL*, III.2, n. IX, p. 948 (a. 163); *CIL*, III.2, n. XI, p. 949 (s.d.). Sul punto, v. Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 48.

[27] Così G. Provera, *Prospettive romanistiche del problema del rischio nel contratto di lavoro*, in *Il diritto dell'economia*, 1959, p. 1106; Id., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, p. 720; Macqueron, *Contractus scripturae. Contrats et quittances dans la pratique romaine*, cit., p. 106.

[28] Che la malattia del lavoratore dovesse determinare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore risulta da D. 38, 1, 15 pr. (Ulp. 38 *ad ed.*): *Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur: nec enim potest videri per eum stare, quo minus operas praestet.* Non sembra pertinente il richiamo di Ciulei, *Les triptyques de Transylvanie*, cit., p. 48 e nt. 56 alla nozione di colpa ed al tenore di D. 9, 2, 8, 1 (Gai. 8 *ad ed. prov.*). Nel brano di Gaio, infatti, si riconduce l'infermità al dominio della colpa («…*nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur*…»), in conseguenza della violazione di regole di prudenza che avrebbero imposto al soggetto infermo di non agire: «…*cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram*…».

[29] Così P. Laborderie, *Un contrat de travail dans les mines de Dacie au temps des Antonins*, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* 33, 1909, p. 197. Diversamente sembra argomentare Arangio-Ruiz, *Epigrafia giuridica greca e romana*, cit., p. 622, nt. 74. Non appare condivisibile l'opinione espressa da Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 238, secondo cui la riduzione della mercede dovuta al lavoratore sarebbe stata effettuata «*with his co-operation (computare debebit) in the reckoning, not unilaterally by the employer*».

ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. La disciplina convenzionale delle *locationes operarum Dacicae* addossa semplicemente al debitore il rischio della prestazione divenuta impossibile.

Dall'analisi di alcune testimonianze contenute nel Digesto, apprendiamo, tuttavia, che il diritto romano non fu del tutto insensibile alle esigenze di tutela del lavoratore:

> D. 19, 2, 19, 9 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: 'Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est'.*

Ulpiano riferisce il tenore letterale di un rescritto di Settimio Severo ed Antonino Caracalla. Era stata conclusa una *locatio operarum* tra Antonio Aquila ed uno scrivano[30]. Il datore di lavoro era deceduto e lo scrivano aveva avanzato la pretesa di ricevere comunque il pagamento della mercede pattuita[31]. Gli imperatori rispondono essere conforme ad equità che lo scrivano ottenga il pagamento della mercede, purché non abbia ricevuto nel corso dello stesso anno da parte di un altro compensi per le proprie opere[32]. Il rescritto imperiale addossa agli eredi del conduttore il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione derivante da causa non imputabile al debitore[33].

---

[30] Sul significato del termine *exceptor* cfr. H. O. Fiebiger, v. *exceptor*, in *PWRE*, VI.2, Stuttgart, 1909, coll. 1565-1566; R. Mentxaka, *Sobre el capítulo 73 de la «lex Irnitana»*, in *Labeo* 38, 1992, pp. 75-76.

[31] Sulla descrizione dei termini delle controversie che hanno occasionato pronunce imperiali da parte dei giuristi romani, v. quanto osserva in specie G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano, 1963, pp. 36-43.

[32] Sul richiamo alla nozione di *aequitas* da parte delle costituzioni imperiali cfr. per tutti P. Voci, *«Ars boni et aequi»*, in *Index* 27, 1999, p. 10, nt. 85 (= *Ultimi studi di diritto romano*, Napoli, 2007, p. 304, nt. 85).

[33] Il tema della sopportazione del rischio derivante dall'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore nella *locatio operarum* ha suscitato un acceso dibattito in dottrina. Per l'opinione secondo cui il rischio sarebbe stato sopportato dal locatore, cfr. E. Betti, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Jus* 5, 1954, p. 381 (= *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, pp. 193-194); Id., *Lezioni di diritto romano, Rischio contrattuale. Atto illecito. Negozio giuridico. Anno 1958-1959*, Roma, [s.d.], pp. 129-130. In senso contrario, v. Provera, *Prospettive romanistiche del problema del rischio nel contratto di lavoro*, cit., pp. 1099-1108; Id., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, cit., pp. 709-724. In questa sede deve anche essere ricordata la posizione espressa da N. Palazzolo, *Le conseguenze della morte del 'conductor operarum' sul rapporto di lavoro (osservazioni su D. 19, 2, 19, 9)*, in *SDHI* 30, 1964, pp. 284-297 (= *Ius e Τέχνη. Scritti di N. Palazzolo*, I, *Diritto romano*,

La regola, che sulla base delle risultanze delle fonti appare essere stata enunciata per la prima volta da Settimio Severo ed Antonino Caracalla proprio con il rescritto citato da Ulpiano, subisce un processo di generalizzazione[34]. La giurisprudenza romana arriva dunque a ritenere che l'operaio debba essere pagato per intero, ogniqualvolta la mancata esecuzione della prestazione non sia ad esso imputabile:

D. 19, 2, 38 (Paul. *lib. sing. reg.*): *Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.*

Paolo afferma, nel suo *liber singularis regularum*, che il *locator* ha diritto ad ottenere la mercede per tutto il tempo, qualora non sia ad esso imputabile la mancata prestazione delle *operae*[35].

La dottrina romanistica ha evidenziato che la regola ricavabile dai passi di Ulpiano e di Paolo abbia assunto il rango di un *naturale negotii*, come tale derogabile dalla concorde volontà delle parti contraenti[36]. Da ciò è stato tratto argomento

Torino, 2008, pp. 43-56), secondo cui il rescritto citato da Ulpiano risolverebbe l'interrogativo prospettato riconoscendo la successione degli eredi nel rapporto e non avrebbe riguardo alla tematica del rischio contrattuale. In senso contrario, v. tuttavia A. Metro, *Locatio operarum e rischio contrattuale*, in *Panorami* 5, 1993, p. 51. Per l'inquadramento dei termini del problema cfr. ora anche P. Sciuto, *Nota di lettura*, in *Ius e Τέχνη. Scritti di N. Palazzolo*, I, cit., pp. 34-35.

[34] Cfr. de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., p. 148; *amplius* Cervenca, *In tema di tutela del prestatore d'opera nel diritto romano classico*, in *Bollettino della Scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Università degli Studi di Trieste* 7-8, 1961-1962, pp. 4-5; Metro, *Locatio operarum e rischio contrattuale*, cit., pp. 52-57.

[35] Per l'ipotesi che il *liber singularis regularum*, del quale ci sono pervenuti attraverso il Digesto soltanto otto brevi frammenti, sia un riassunto postclassico dei *regularum libri vii* di Paolo, cfr. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946 [rist. 1953], p. 176 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 213 [= *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1975, p. 311]). Ritiene invece che il *liber singularis regularum* di Paolo non sia necessariamente di fattura postclassica P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, 1966, p. 84. Per l'esclusione della paternità paolina dell'opera e la conclusione secondo cui si tratterebbe di un florilegio postclassico di regole enunciate da rescritti imperiali v. R. Röhle, *Der «liber singularis regularum» des Paulus*, in *Labeo* 12, 1966, pp. 218-226. Riconosce la paternità paolina del frammento contenuto in D. 19, 2, 38 Metro, *Locatio operarum e rischio contrattuale*, cit., p. 54; *cui adde* R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 117, nt. 205.

[36] Arangio-Ruiz, *Epigrafia giuridica greca e romana*, cit., p. 622, nt. 74; de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., p. 149; Berger, *A Labor Contract of A.D. 164: CIL, III, P. 948, NO. X*, cit., p. 236; Provera, *Prospettive romanistiche del problema del rischio nel contratto di lavoro*, cit., pp. 1105-1107.

per evidenziare un atteggiamento di «assoluto agnosticismo» del diritto romano verso i problemi del lavoro e la situazione di diseguaglianza sostanziale in cui versavano le parti contraenti[37]. Altri autori hanno evidenziato la possibilità che le *locationes operarum Dacicae* e i frammenti del Digesto di età severiana sopra richiamati riflettano regimi diversi, vigenti in periodi storici diversi[38].

Credo che da queste brevi note possa emergere la grande complessità assunta dai problemi del lavoro nel mondo romano. Il diritto romano ha conosciuto diverse tipologie di lavoro ed ha offerto, nel corso della sua lunga evoluzione, modelli di disciplina diversi e particolarmente flessibili. Ci troviamo di fronte un universo cangiante e ricco di sfumature, per certi aspetti molto vicino alla realtà a noi contemporanea in cui ad un concetto unitario di lavoro è andato progressivamente sostituendosi il pluriverso dei lavori. Mi fermo qui, con l'auspicio che la discussione di alcuni interrogativi suscitati da un'indagine condotta su fonti antiche possa risultare interessante anche per i cultori del diritto positivo.

[37] Così de Robertis, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, cit., p. 150. Per una diversa prospettiva, rivolta ad evidenziare piuttosto come i giuristi romani siano pervenuti ad elaborare una serie di regole finalizzate alla protezione dei soggetti socialmente ed economicamente più deboli, cfr. il quadro d'insieme fornito da W. Waldstein, *Soziale Schutzrechte im klassischen römischen Recht*, in *Festschrift für H. Niederländer*, herausgegeben von E. Jayme, A. Laufs *et alii*, Heidelberg, 1991, pp. 181-194 (su cui v. anche la recensione di C. A. Cannata, in *SDHI* 58, 1992, p. 518).

[38] Cfr. Cervenca, *In tema di tutela del prestatore d'opera nel diritto romano classico*, cit., p. 4, nt. 5; Metro, *Locatio operarum e rischio contrattuale*, cit., p. 59. Nel dibattito scientifico sul tema deve essere pure segnalata la voce di chi sembra ipotizzare semplicemente un contrasto tra il diritto comune e le previsioni contenute nelle *locationes operarum Dacicae*: cfr. Şotropa, *Le droit romain en Dacie*, cit., p. 218.

Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario. Profili romanistici*

1. Alcune osservazioni preliminari

La trattazione dei profili romanistici del tema oggetto dell'odierno seminario richiede alcune precisazioni di carattere preliminare. La prima precisazione attiene al significato da riconoscere al sintagma "precedente giurisprudenziale". La parola "giurisprudenza" è notoriamente polisemica e viene correntemente impiegata in due significati diversi: a) con riferimento alla scienza del diritto; b) con riferimento alle pronunce degli organi giurisdizionali[1].

Il tema del "precedente giurisprudenziale" in diritto romano può essere pertanto indagato sia in relazione al valore riconosciuto alle opinioni espresse dai

* Pubblicato in *Archivio Giuridico*, CCXXXIV, fasc. 4-2014, pp. 507-540.

Pubblico in questa sede il testo, corredato da sintetici ragguagli bibliografici in nota, della relazione da me tenuta nell'ambito del Seminario interdisciplinare dal titolo *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, svoltosi a Bologna, il 5 febbraio 2013, presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica (SPISA). Il registro stilistico dell'esposizione, che potrebbe talvolta apparire, specie agli addetti ai lavori, didascalico o istituzionale, risponde all'esigenza – oggi sempre più avvertita – di favorire il dialogo e il confronto con i cultori delle altre discipline.

[1] G. Gorla, v. *Giurisprudenza*, in *ED* 19, Milano, 1970, p. 490 (= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 263-264); L. Lombardi Vallauri, v. *Giurisprudenza. I) Teoria generale*, in *EGT* 15.2, Roma, 1989, p. 1; P. G. Monateri, v. *Giurisprudenza*, in *DDP (Sez. Civ.)* 9, Torino, 1993, p. 151; M. Taruffo, v. *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali* 4, Roma, 1994, pp. 348-349.

giuristi, sia in relazione al valore riconosciuto alle pronunce degli organi giurisdizionali. La distinzione è importante perché, come vedremo, in diritto romano i *responsa prudentium* costituiscono una fonte di produzione del diritto. Diversamente accade per le pronunce dei giudici, salvo il caso in cui ad assumere le vesti di giudice in un processo sia l'imperatore.

Entrambe queste prospettive di indagine – quella relativa al valore del *responsum* del giurista come fonte di produzione del diritto e quella relativa al diverso valore da riconoscere alle sentenze dei giudici – devono tenere conto dei fattori di evoluzione dell'ordinamento giuridico romano e dei mutamenti costituzionali intervenuti nel corso di una lunghissima storia che abbraccia – dalla fondazione di Roma alla morte di Giustiniano – l'arco temporale di ben tredici secoli.

Occorre poi formulare alcune precisazioni anche sulla possibilità di individuare, con riferimento all'esperienza romana, "un confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario". Non si può prescindere, infatti, dal rimarcare – a scanso di pericolosi anacronismi – come la teoria della separazione dei poteri sia di matrice illuministica e, pertanto, non immediatamente riferibile alla comprensione del fenomeno giuridico nell'antica Roma[2].

I *iura populi Romani* risultano dalla combinazione – e, in prospettiva diacronica, dalla stratificazione – di una pluralità di fonti di produzione, in cui l'apporto della legge risulta, complessivamente, del tutto marginale[3]. Lungo l'intero arco tempora-

[2] Sul principio di separazione dei poteri, cfr. per tutti G. Silvestri, v. *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *ED* 34, Milano, 1985, p. 671 ss. Per un accenno alla «lontananza da un principio ben delineato di divisione dei poteri» con riferimento al diritto romano, v. anche, sinteticamente, D. Dalla, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli, 2006, p. 1023.

[3] *Gai.* 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.* Sul catalogo gaiano, v. nella letteratura più recente M. Brutti, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55 (2012), p. 96 ss., nonché V. Giodice Sabatelli, *Atti autoritativi, norme di autoregolamentazione, responsa iurisperitorum*, in *Giuristi, poteri, istituzioni. Scritti di diritto romano*, Bari, 2013, p. 76 ss. Sul ruolo marginale della legge comiziale nell'ambito delle fonti di produzione, cfr. M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. I. Philologisch-historische Klasse*, 2 (1962), pp. 75-76 (= *Ausgewählte Schriften*, I, Camerino, 1976, pp. 31-32 [= *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia*, Padova, 1995, pp. 178-179]); M. Talamanca, *La 'lex' e il sistema normativo repubblicano*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], Milano, 1989, p. 230 ss.; D. Dalla, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, cit., p. 1024; C. Giachi, V. Marotta, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma, 2012, p. 13 ss.

le di svolgimento della storia costituzionale romana non sono poi infrequenti casi di sovrapposizione dell'esercizio di funzioni legislative e di funzioni giudiziarie in capo al medesimo organo. Si pensi, con riferimento all'esperienza più risalente, al processo comiziale, che si svolgeva davanti al popolo riunito in assemblea[4]. Si pensi, ancora, alla figura dell'imperatore, cui veniva riconosciuto il potere di emanare norme giuridiche e quello di assumere le vesti di giudice in un processo[5].

2. Sul valore del precedente giudiziale in diritto romano. L'età arcaica (brevi cenni)

La scarsità di fonti relative al periodo più risalente della storia giuridica di Roma (VIII-III sec. a.C.) non permette di andare al di là della formulazione dell'ipotesi – dotata tuttavia di un elevato grado di verosimiglianza – che la pronuncia risolutiva di una controversia concorresse alla formazione del diritto consuetudinario, i *mores maiorum*, senza tuttavia assumere di per sè valore vincolante ed il rango di fonte di produzione del diritto[6].

Tra il IV ed il III sec. a.C., il processo di laicizzazione del sapere giuridico che venne determinato dalla dissoluzione del monopolio pontificale sulla conoscenza e sull'interpretazione del diritto non poté che agevolare questi sviluppi: il precedente tanto più poteva concorrere alla formazione dei *mores*, quanto più fosse stato conoscibile ed intellegibile[7].

---

[4] B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*[2], Milano, 1989, p. 46 ss.; V. Giuffrè, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*[4], Napoli, 1997, p. 31 ss.; B. Santalucia, *La giurisdizione penale in Roma antica*, Bologna, 2013, p. 9 ss.; G. Valditara, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, p. 142 ss.

[5] In relazione al tema dell'attività normativa del principe, cfr. F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*, 48 (1982), p. 413 ss.; T. Spagnuolo Vigorita, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli, 1982, p. 30 ss.; V. Marotta, *Mandata principum*, Torino, 1991, p. 71 ss.; F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000, p. 29 ss. Sui *decreta* imperiali, cfr. in particolare F. Tamburi, *I decreta Frontiana*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, p. 273 ss., nonché, successivamente, M. Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, p. 15 ss.

[6] Cfr. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, p. 73 ss.; U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, Padova, 1998, p. 3 ss. Più in generale, sugli antichi *mores*, v. M. Talamanca, *I 'mores' e il diritto*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], cit., p. 29 ss.

[7] Sul punto cfr. U. Vincenti, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione, formazione e*

3. Il diritto romano come diritto giurisprudenziale. Diritto romano e *Common law*

La stessa dissoluzione del monopolio pontificale sulla conoscenza e sull'interpretazione del diritto ebbe un effetto dirompente: la nascita della scienza giuridica[8]. A Roma – e questo fenomeno non trova alcun riscontro presso gli altri popoli dell'antichità – andò costituendosi un ceto di giuristi: i *prudentes* guidarono – conciliando l'impegno pratico e la riflessione svolta sul piano teorico con metodo scientifico – l'evoluzione dell'ordinamento. L'invenzione del diritto in Occidente – per ricordare il felice sottotitolo di una importante monografia di Aldo Schiavone (*Ius*, Torino, Einaudi, 2005) – rappresenta senz'altro il lascito più significativo della romanità per la storia e la cultura dei secoli successivi, la cui importanza può e deve essere percepita in una prospettiva non solo europea, ma globale[9].

Come ho già anticipato, i *responsa prudentium* – diversamente da quanto accade ai giorni nostri, in un sistema di diritto codificato – costituiscono in diritto romano una fonte di produzione del diritto. Anzi, la fonte di produzione del diritto per

interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo, II, Napoli, 1997, p. 568 e nt. 6 (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, p. 3 e nt. 6). In relazione al monopolio pontificale sull'interpretazione del diritto e sulla sua progressiva dissoluzione, v. F. Càssola, L. Labruna, *La laicizzazione del sapere giuridico fino a Sesto Elio Peto Cato*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], cit., p. 297 ss.; F. D'Ippolito, *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, in *Labeo*, 23 (1977), p. 131 ss. (= *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*[2], Napoli, 1994, p. 29 ss.); M. Bretone, *Storia del diritto romano*[10], Bari, 2004, p. 107 ss.; nella letteratura più recente, cfr. M. Miglietta, *«Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». I giuristi romani e la formazione della regula iuris*, in *Il diritto come processo. Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2012, pp. 42-43; Id., *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *SC*, 25 (2012), p. 204 ss.

[8] F. D'Ippolito, *Sul pontificato massimo di Tiberio Coruncanio*, cit., p. 143 ss. (= *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*[2], cit., p. 47 ss.); V. Scarano Ussani, *Tra scientia e ars. Il sapere giuridico romano dalla sapienza alla scienza, nei giudizi di Cicerone e di Pomponio*, in *Ostraka*, 2 (1993), p. 226 e nt. 79 (= *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino, 1996, p. 255 e nt. 79 [= *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, p. 47 e nt. 80]); L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], Torino, 2012, p. 12 ss.

[9] A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005 (= *The invention of law in the West* [translated by J. Carden and A. Shugaar], Cambridge, Massachusetts – London, England, 2012). Del volume sono altresì apparse traduzioni in francese e in spagnolo: *Ius. L'invention du droit en Occident* [traduit par G. et J. Bouffartigue], Paris, 2008; *Ius. La invención del derecho en Occidente* [traducción de G. Prósperi], Buenos Aires, 2009.

eccellenza. In questo senso, si è soliti affermare che il diritto romano è un diritto di creazione giurisprudenziale[10].

Le fonti antiche mostrano come già i Romani avessero piena consapevolezza di questa peculiarità. Cicerone, evidenziando la superiorità della *civitas Romana* su tutte le altre, che affidarono a singoli uomini la creazione delle istituzioni e l'emanazione delle leggi, come Minosse a Creta, Licurgo a Sparta, Teseo, Dracone, Solone, Clistene, molti altri e, infine, Demetrio Falereo ad Atene, osserva: «*nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*»[11]. Pomponio, un giurista del II sec. d.C., autore di un manuale, il *liber singularis enchiridii*, in cui vengono tracciati i lineamenti essenziali dello svolgimento della storia giuridica di Roma, individua il tratto caratterizzante del *ius civile*, in ciò, che quest'ultimo «*sine scripto in sola prudentium interpetatione consistit*»[12].

---

[10] L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 93 ss.; P. Cerami, v. *Giurisprudenza – Scienza giuridica nel diritto romano*, in *DDP (Sez. Civ.)* 9, cit., p. 180 ss. (= *Giurisprudenza e scienza del diritto*, in *AUPA*, 43 [1995], p. 206 ss.). Sui *responsa prudentium* e sul loro impiego processuale, cfr. U. Vincenti, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, cit., p. 567 ss. (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, cit., p. 1 ss.); M. Bretone, *Storia del diritto romano*[10], cit., p. 195 ss.; D. Dalla, *Fra ius controversum, discrezionalità del giudicante e assetti costituzionali*, cit., p. 1023 ss.; P. Starace, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, Padova, 2012, p. 27 ss.

[11] Cic., *De re pub.* 2, 1, 2: *Is dicere solebat ob hanc causam praestare nostrae civitatis statum ceteris civitatibus quod in illis singuli fuissent fere quorum suam quisque rem publicam constituisset legibus atque institutis suis, ut Cretum Minos, Lacedaemoniorum Lycurgus, Atheniensium, quae persaepe conmutata esset, tum Theseus, tum Draco, tum Solo, tum Clisthenes, tum multi alii, postremo exsanguem iam et iacentem doctus vir Phalereus sustentasset Demetrius, nostra autem res publica non unius esset ingenio sed multorum, nec una hominis vita sed aliquot constituta saeculis et aetatibus. Nam neque ullum ingenium tantum extitisse dicebat ut, quem res nulla fugeret, quisquam aliquando fuisset neque cuncta ingenia conlata in unum tantum posse uno tempore providere ut omnia complecterentur sine rerum usu ac vetustate*. Sul brano, cfr. A. Guarino, *Forma e materia della costituzione romana*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli, 2006, pp. 401-402 (= *Studi di diritto costituzionale romano*, I, Napoli, 2008, pp. 17-18 [= *Nuove pagine di diritto romano*, Napoli, 2010, pp. 30-31]); v. anche, recentemente, E. Quadrato, *Legislator dal legem ferre al leges condere*, Bari, 2014, pp. 28-29.

[12] *D.* 1, 2, 2, 12 (Pomp. *l. s. ench.*): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones, quae formam agendi continent, aut plebi scitum, quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum, quod solum senatu constituente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio, id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.* Sul *liber singularis enchiridii*, cfr. M. Bretone, *Linee dell'enchiridion di Pomponio*, Bari, 1965, p. 30 ss.; Id., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], Napoli, 1982, p. 211 ss.; F. D'Ippolito, *Le «forme» della massima dignatio nell'enchiridion di Pomponio*, in *I giuristi e la città. Ricerche sulla giurisprudenza romana della repubblica*[2], cit., p. 3 ss.; G. Crifò, *Pomponius, Liber singularis enchiridii. D. 1.2.2 e la "storia del diritto"*, in *Materiali di storiografia romanistica*, Torino, 1998, p. 51 ss.

Il *responsum* è la risposta – potremmo anche dire il parere – rilasciato dal giurista su un quesito rivoltogli da un privato cittadino. Quest'ultimo poteva servirsi del *responsum* del giurista in sede giurisdizionale, a sostegno delle proprie tesi. Le regole enunciate dai *prudentes* potevano trovare applicazione solo in ragione della loro intrinseca razionalità. È in proposito significativo che Labeone, giurista di età augustea, noto pure per aver assunto delle posizioni critiche nei confronti della progressiva affermazione del potere imperiale, abbia scritto un'opera – a noi non pervenuta direttamente, ma che conosciamo grazie alla più tarda epitome realizzata da Paolo nel III sec. – denominata Πιθανά (= cose che persuadono)[13]. I giuristi romani non venivano consultati perché investiti di un'autorità pubblica, ma solo grazie al riconoscimento della loro autorevolezza da parte della comunità.

Le soluzioni giuridiche prospettate dai *prudentes* potevano essere tra loro divergenti. In questo senso, è anzi possibile affermare che il diritto privato romano fosse *ius controversum*[14]. L'opinione formulata dal singolo giurista, in relazione al caso – concreto o di scuola – affrontato, sarebbe stata sottoposta al collaudo ed al vaglio critico della giurisprudenza e, nel caso in cui fosse stata ritenuta fondata e meritevole di accoglimento, sarebbe successivamente divenuta *ius receptum*[15]. Nien-

[13] Sul problema della tradizione testuale e, più in generale, sulle caratteristiche dei Πιθανά, cfr. M. Talamanca, *I 'Pithanà' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26 (1975), p. 1 ss.; W. Formigoni, *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus*, Milano, 1996, p. 18 ss.; C. A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, p. 316 ss.; L. Vacca, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, Torino, 2000, p. 52 ss.; Ead., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 126 ss. Sull'atteggiamento del giurista nei confronti del potere imperiale, cfr. in particolare M. Bretone, *Il "diritto antico" nella polemica antiaugustea*, in *Quaderni di Storia*, 8 (1978), p. 273 ss. (= *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], cit., p. 129 ss.).

[14] M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, cit., pp. 74-75 (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., pp. 30-31 [= *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, cit., pp. 176-177]); G. Giachi, V. Marotta, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, cit., p. 187 ss.; L. Vacca, *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in *Ius controversum e processo tra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma, 2012, p. 61 ss.; P. Cerami, *Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni*, *ibidem*, p. 387 ss.

[15] Oltre alla riflessione scientifica della giurisprudenza, un certo peso nella formazione del *ius receptum* dovettero assumere le *res iudicatae*: cfr. in proposito le osservazioni di F. Bona, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno, Pavia 26-27 aprile 1985*, Padova, 1987, p. 101 ss. (ma v., in senso contrario, i rilievi di M. Talamanca, *rec.* a *op. ult. cit.*, in *BIDR*, 91 [1988]; p. 854 ss.); ipotizza che le *res iudicatae* abbiano potuto contribuire a modellare il *ius receptum* anche G. Pugliese, *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario Torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria*

te avrebbe potuto impedire la creazione di regole nuove destinate a disciplinare situazioni nuove, il superamento di posizioni precedentemente espresse o l'adozione – in ragione dell'affermarsi di una diversa sensibilità o del mutamento delle esigenze economiche e sociali – di una disciplina di diverso contenuto. Il diritto giurisprudenziale costituisce un potente fattore di evoluzione dell'ordinamento ed uno strumento particolarmente flessibile.

Il diritto giurisprudenziale romano si sviluppa attraverso l'analisi casistica[16]. In un assai celebre responso, tradito dai *digesta* di Alfeno Varo, si afferma: «*in causa ius esse positum*» (*D.* 9, 2, 52, 2 [Alf. 2 *dig.*])[17]. L'espressione – fortemente icastica – indica che la soluzione giuridica da offrire è riposta nelle peculiarità che caratterizzano la fattispecie affrontata. In altri termini, solo un'attenta analisi del caso che ha dato vita alla controversia può permettere l'individuazione della soluzione giuridica da applicare.

---

di G. Provera, Napoli, 1994, p. 17 ss. (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, Napoli, 2007, p. 739 ss.). Una posizione più articolata è espressa da L. Vacca, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., p. 41, secondo la quale l'incidenza delle *res iudicatae* potrebbe essersi dispiegata più «sulla prassi giudiziaria», che «sull'elaborazione scientifica del diritto nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali». Più in generale, sul rapporto tra *officium iudicis* e *ius controversum*, v. le riflessioni di A. Corbino, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto. Napoli, 18-20 ottobre 2001*, Napoli, 2003, p. 155 ss.

[16] L. Vacca, *Casistica giurisprudenziale e concettualizzazione 'romanistica'*, in *Legge, giudici, giuristi. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, p. 83 ss. (= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, p. 29 ss.); M. Miglietta, *«Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». I giuristi romani e la formazione della regula iuris*, cit., p. 37; Id., *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, cit., p. 188; successivamente E. Stolfi, *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli, 2014, p. 1 ss.

[17] *D.* 9, 2, 52, 2 (Alf. 2 *dig*): *In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. respondi in causa ius esse positum*… Sulla tradizione testuale e sulle caratteristiche dei responsi di Servio Sulpicio Rufo, noti attraverso l'opera del suo allievo Alfeno, v. per tutti M. Bretone, *La tecnica del responso serviano*, in *Labeo*, 16 (1970), p. 7 ss. (= *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], cit., p. 91 ss.); con particolare riferimento all'apporto di Alfeno Varo, cfr. inoltre, nella letteratura più recente, M. Miglietta, *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Publio Alfeno Varo*, in *Studi in onore di A. Metro*, IV, Milano, 2010, p. 275 ss.; sul significato dell'affermazione «*ius in causa esse positum*», v. specificamente E. Stolfi, *I casi e la regula: una dialettica incessante*, cit., pp. 5-6 e nt. 12.

Il metodo seguito dal giurista nella individuazione della regola da applicare al caso concreto appare efficacemente descritto da un celebre luogo paolino: «*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*» (*D.* 50, 17, 1 [Paul. 16 *ad Plaut.*])[18]. Nell'enunciare che il diritto da applicare non si desume dalla regola, ma che, piuttosto, è la regola a scaturire dal diritto, il passaggio del frammento paolino appena richiamato è stato giustamente considerato una sorta di manifesto del metodo induttivo – e non deduttivo – seguito dalla giurisprudenza romana[19]. La celebre affermazione di Paolo venne più tardi richiamata – tra gli altri – da Francesco Bacone, al contempo giurista, filosofo e teorico del metodo scientifico induttivo[20].

Rivolgendo uno sguardo al mondo contemporaneo, è possibile tracciare un parallelo tra quanto è accaduto in diritto romano classico e quanto è accaduto – e accade ancora oggi – nei sistemi di *Common law*[21]. In questi sistemi il diritto è di formazione prevalentemente giudiziale (*Judge made law*), mentre il diritto di

[18] *D.* 50, 17, 1 (Paul. 16 *ad Plaut.*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

[19] M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, cit., p. 60 ss. (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., p. 16 ss. [= *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, cit., p. 160 ss.]); L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 110 ss.; Ead., *Analogia e diritto casistico*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata*, Bâle-Genève-München, 1999, p. 353 ss. (= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., p. 105 ss.); per la possibilità che la celebre definizione di *regula* contenuta in *D.* 50, 17, 1 sia stata ricavata da Paolo proprio dall'inizio dei Πιθανά labeoniani, cfr. C. A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, cit., p. 324 ss. Sul brano, nella letteratura più recente, v. C. Masi Doria, *Principi e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari, 2011, p. 35; L. Vacca, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., p. 56 ss.; Ead., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 139 ss.

[20] Fr. Bacon, *De augmentis scientiarum*, lib. 8, aphor. 85 (ed. J. Spedding, R. L. Ellis, D. D. Heat, I, London, 1858 [rist. Stuttgart, 1963], p. 823); sul punto, cfr. L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 139, nt. 29.

[21] L. Franchini, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law'*, in *Diritto@Storia*, 10 (2011-2012); L. Vacca, *Interpretazione e scientia iuris. Problemi storici e attuali*, in *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano–Bicocca. 19-20 novembre 2009*, Milano, 2012, p. 12 ss.; Ead., *Interpretatio e caso concreto*, in *LR*, 2 (2013), p. 45 ss. (= *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno ARISTEC. Roma 9-11 giugno 2011*, Napoli, 2013, p. 29 ss.). Il tema dei rapporti tra il diritto romano e lo sviluppo del sistema inglese di *Common law* dovrebbe, comunque, essere meglio chiarito: per alcuni spunti di ricerca, v. recentemente M. Miglietta, *'Regis actiones'. Linee e prospettive per una indagine critica sui rapporti intercorrenti tra diritto (processuale) romano e sistema inglese dei 'writs'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova, 2011, p. 781 ss.

formazione legislativa (*Statutory law*) riveste un'importanza piuttosto residuale (anche se le differenze sul punto tra i paesi di *Common law* e i paesi di *Civil law* vanno progressivamente attenuandosi: il diritto di formazione legislativa assume sempre maggiore importanza nei sistemi di *Common law*)[22]. Come è stato efficacemente osservato da Peter Stein: «agli occhi dei giuristi romani, come dei *common lawyers*, l'essenza del diritto era piuttosto il *ius* che la *lex*»[23].

Il parallelo appena tracciato tra il diritto giurisprudenziale (*rectius*, giudiziale) inglese, il *Case law*, e il diritto giurisprudenziale romano richiede tuttavia alcune precisazioni. Il giudice dei sistemi di *Common law* è vincolato ad osservare i precedenti giudiziari dalla regola dello *stare decisis*[24]. Il giudice del mondo anglosassone può discostarsi dai precedenti giudiziari solo utilizzando la tecnica del *distinguishing*: egli dovrà rilevare che, nonostante le apparenti analogie, il caso a lui sottoposto è, in realtà, diverso da quelli che hanno occasionato le pronunce precedenti[25].

Il giurista romano non è, invece, giuridicamente tenuto a seguire l'autorità del precedente: l'opinione giurisprudenziale formulata non è vincolante e potrà trovare accoglimento in casi analoghi, successivamente presentatisi, solo in ragione della sua scientificità[26]. In diritto romano non esiste la *doctrine of binding*

---

[22] Non bisogna al contempo dimenticare il ruolo assunto negli ordinamenti di diritto codificato dalla giurisprudenza creativa, sì da poter individuare in anche in questi ultimi un vero e proprio *Case law*: sul punto, cfr. le osservazioni di U. Vincenti, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici «aperti» e «chiusi»*, in *Giurisprudenza italiana*, 8/9-2000, pp. 1775-1776 (= *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, cit., p. 73 ss.). Per il rilievo che nessuno dei due modelli risulta essere recepito ed operare in modo puro, v. già M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, cit., p. 50 ss. (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., p. 6 ss. [= *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, cit., pp. 178-179]).

[23] P. Stein, *I rapporti interni tra il diritto romano classico ed il Common law inglese*, in *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milano, 1992, pp. 59-60.

[24] P. Stein, *I precedenti nella «Common law»*, in *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, cit., p. 53 ss.; C. A. Cannata, A. Gambaro, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*[4], II, *Dal medioevo all'epoca contemporanea*, Torino, 1989, p. 110 ss.; U. Mattei, *Il modello di Common law*[3], Torino, 2010, p. 141 ss.; M. Serio, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, cit., p. 91 ss.

[25] M. Serio, *L'interpretazione del precedente nel Common law*, in *Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno ARISTEC. Roma 9-11 giugno 2011*, cit., p. 89 ss.

[26] M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, cit., pp. 72-73 (= *Ausgewählte Schriften*, I, cit., pp. 28-29 [= *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, cit., p. 174]); L. Vacca, *Sulla rilevanza dei 'precedenti' nel diritto giurisprudenziale romano*, in *Il valore dei precedenti giudiziali nella*

precedent: le opinioni giurisprudenziali traggono forza e legittimazione solo dalla loro persuasività.

Un'altra importante differenza tra il giudice dei sistemi di *Common law* e il giurista romano deriva dal fatto che quest'ultimo non è incardinato in un apparato giurisdizionale statuale a struttura piramidale. Il giurista romano non risente affatto, nella sua attività, della gerarchia delle corti, della divisione tra *Superior Courts* – giurisdizioni di grado superiore – ed *Inferior Courts* – giurisdizioni di grado inferiore. Tutte le opinioni formulate dai giuristi in diritto romano si trovano su un piano di effettiva parità (salvo il discrimine derivante dalla concessione o meno – a partire dall'età augustea – del *ius publice respondendi ex auctoritate principis*)[27].

Ulteriore parallelismo, che avvicina i sistemi di *Common law* al diritto romano, concerne la duplicità di sistemi: *Common law* ed *Equity* da un lato, *ius civile* e *ius honorarium* dall'altro[28]. Come l'antico pretore romano, anche le *Courts of Equity* – prima dell'unificazione giurisdizionale, avvenuta in Inghilterra negli anni tra il 1873 e il 1875 e in prosieguo di tempo negli altri paesi di *Common law* – potevano discostarsi dal diritto vigente e lasciarsi guidare da criteri diversi da quello della rigida applicazione del diritto, suggeriti da ragioni di opportunità o di giustizia[29]. Oggi, pur essendo venuto meno il dualismo di giurisdizioni, la distinzione tra *Common law* ed *Equity* rimane, in ricordo della diversa origine e dei diversi principi che hanno ispirato le rispettive regole. Anche in diritto romano accade qualcosa di simile: quando il *ius honorarium* cessa di essere fonte di produzione del diritto viva, i due sistemi di regole costituiti dal *ius civile* e dal *ius honorarium* vengono ancora considerati su piani distinti[30].

---

tradizione europea, cit., p. 29 ss. (= *Mélanges F. Sturm*, I, Liège, 1999, p. 493 ss. [= *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, cit., p. 79 ss.]).

[27] Sull'introduzione del *ius publice respondendi* da parte di Augusto, cfr. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 97 ss.; M. Bretone, *Storia del diritto romano*[10], cit., p. 214; R. Astolfi, *Sabino e il ius respondendi*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, cit., p. 1007 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 82 ss.

[28] G. Pugliese, *«Ius honorarium» a Roma ed «Equity» nei sistemi di «Common law»*, in *RTDPC*, 42 (1988), p. 1105 ss. (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., p. 79 ss.).

[29] G. Pugliese, *«Ius honorarium» a Roma ed «Equity» nei sistemi di «Common law»*, cit., pp. 1125-1126 (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., p. 105 ss.). Sull'unificazione giurisdizionale, v. in particolare A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 547 ss. e N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 61 ss.

[30] L'uso delle categorie nella comparazione diacronica deve avvenire però in modo rigoroso. È opportuno precisare – sulla scia delle accurate indagini compiute sul tema da Giovanni Pugliese –

Un ulteriore punto di contatto tra l'esperienza giuridica romana e quella di *Common law* può essere individuato nell'attitudine a pensare il diritto in termini di rimedi processuali esperibili. Il ragionamento giuridico non risente della distinzione – affermatasi, com'è noto, più tardi e in ambito continentale – tra diritto processuale e diritto sostanziale[31].

4. Cenni sull'*edictum tralaticium*. Sul valore riconosciuto in diritto romano al precedente giurisprudenziale (*praeiudicium*, *iudicatum*, *res iudicata*, *exemplum*)

Abbiamo già visto come i *responsa prudentium* rientrino in diritto romano nel novero delle fonti di produzione del diritto. Per quanto concerne il valore da riconoscere al precedente degli organi giurisdizionali, occorrerà svolgere, in questa sede, anche alcune riflessioni su un'altra fonte di produzione del diritto: l'editto del pretore.

Il pretore emanava – all'inizio di ciascun anno di carica – un editto, nel quale venivano illustrati i criteri che lo stesso magistrato avrebbe seguito nell'esercizio della sua giurisdizione[32]. Era questo l'*edictum perpetuum*, destinato a valere per tutto l'anno di carica del magistrato. Il pretore, pur in assenza di un vincolo giuridico in tal senso, era solito attenersi alle scelte già effettuate da chi lo aveva preceduto nell'esercizio della carica. Il testo dell'editto divenne allora *tralaticium*. È del tutto evidente pertanto come nel caso dell'*edictum tralaticium* debba essere

che l'*aequitas* pretoria e l'*Equity* del mondo anglosassone, pur avendo i due termini radice comune, non finiscono mai con l'identificarsi pienamente. In primo luogo, l'*aequitas* in diritto romano non è caratteristica esclusiva del diritto di fonte magistratuale, mentre l'*Equity* si riferisce, nella terminologia giuridica anglosassone, esclusivamente al sistema – inteso come insieme di rimedi, principi, regole – creato dalle *Courts of Equity* e tuttora vigente nel quadro della realizzata unificazione giurisdizionale. Inoltre, l'*Equity* del mondo anglosassone ha come suo diretto referente non l'*aequitas praetoria*, ma l'*aequitas* del diritto canonico medievale e quella dei testi ecclesiastici. Sul punto, cfr. G. Pugliese, *«Ius honorarium» a Roma ed «equity» nei sistemi di «common law»*, cit., p. 1119 (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, cit., p. 98).

[31] H. Peter, *Actio und Writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957, *praecipue* p. 51 ss.; P. Stein, *I rapporti interni tra il diritto romano classico ed il common law inglese*, cit., p. 60.

[32] C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, *Il processo formulare*, Torino, 1982, p. 29 ss.; G. Giachi, V. Marotta, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, cit., p. 229 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 80 ss.

riconosciuta al precedente giurisdizionale un'efficacia persuasiva. L'imperatore Adriano – secondo una tradizione da alcuni autori contestata (Antonio Guarino, Filippo Cancelli) – conferì poi a Salvio Giuliano l'incarico di riordinare il testo dell'editto, in una versione che, sottoposta all'approvazione del senato, divenne definitiva[33].

Occorre ora soffermarsi, sia pur brevemente, sulla struttura del processo privato romano ed indagare in modo più approfondito il valore delle pronunce dei giudici. A tale ultimo proposito, dobbiamo preliminarmente ricordare che il diritto romano conosce nel corso del suo lungo sviluppo tre modelli di processo privato: il processo *per legis actiones*, il processo formulare, la *cognitio extra ordinem*[34].

Il processo *per legis actiones* e il processo formulare sono caratterizzati dalla suddivisione in due fasi: la fase *in iure* e la fase *apud iudicem*. La fase *in iure* si svolge davanti al pretore, la fase *apud iudicem* davanti ad un giudice privato scelto dalle parti. La fase *apud iudicem* è quella in cui ha luogo l'assunzione, la discussione e la valutazione delle prove e termina con l'emanazione della sentenza[35]. La sen-

[33] Per un quadro d'insieme sulla questione, cfr. G. Melillo, v. *"edictum perpetuum"*, in *NNDI* 6, 1960, p. 376 ss., *cui adde* A. Torrent, *La ordinatio edicti en la política jurídica de Adriano*, in *AHDE*, 52 (1983), p. 17 ss. (poi anche in *BIDR*, 86-87 [1983-1984], p. 37 ss.). In senso critico rispetto alla tradizione della *compositio edicti* di età adrianea, ai numerosi contributi sul tema di Antonio Guarino (*La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del Congresso internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto. Verona 27-28-29-IX-1948*, II, Milano, 1951, p. 169 ss.; *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, p. 625 ss.; *Opinioni codificate?*, in *Labeo*, 1 [1955], pp. 201-202; *Alla ricerca di Salvio Giuliano*, in *Labeo*, 5 [1959], p. 67 ss.; *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW* 2.13, Berlin-New York, 1980, p. 82 ss.; *«De albo corrupto»*, in *Index*, 18 [1990], p. 275 ss.; *L'editto in casa Cupiello*, in *Labeo*, 36 [1990], p. 50 ss.), deve essere aggiunta la monografia di F. Cancelli, *La codificazione dell'edictum praetoris. Dogma romanistico*, Milano, 2010, pp. 1-312. In difesa dell'opinione tradizionale cfr., nella più recente letteratura, le osservazioni di E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 17 ss.; Id., *Giuliano e l'applicazione del senatoconsulto Macedoniano*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento, 2012, p. 575. Sulla politica del diritto di Adriano, v. per tutti le osservazioni di R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, *Principato*, Bologna, 1983, p. 44 ss.

[34] G. Pugliese, *Il processo civile romano*, II.1, *Il processo formulare*, Milano, 1963, p. 3 ss.; C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, I, *Le legis actiones*, Torino, 1980, p. 11 ss.; M. Talamanca, v. *Processo civile (dir. rom.)*, in *ED* 36, Milano, 1987, p. 3 ss.; C. A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 86 ss.

[35] C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, cit., p. 135 ss.; M. Talamanca, v.

tenza resa dal giudice privato – che non ha neppure l'obbligo di motivare – è inappellabile[36].

Il giudice privato che pronuncia la sentenza può non essere in possesso – e, normalmente, non è in possesso – di alcuna specifica competenza in materia giuridica[37]. La sua attività è costantemente guidata dalla giurisprudenza, dalla riflessione scientifica dei giuristi. Il giudice privato si adegua – nell'esercizio delle sue funzioni – alle prospettazioni contenute nei *responsa* dei giuristi. In caso di *ius controversum* – quando le opinioni dei giuristi siano diverse tra loro – l'attività dei *iudices privati* può di fatto contribuire all'affermazione di un'opinione giurisprudenziale a discapito di un'altra[38].

Questo stato di cose spiega perché le *res iudicatae*, i precedenti giudiziali, non compaiano mai nei cataloghi delle fonti di produzione del diritto redatti dai giuristi[39]. Delle *res iudicatae* si interessano, invece, i retori, in ragione della loro efficacia persuasiva, della loro attitudine ad orientare, a guidare, la formazione del convincimento del giudice successivamente chiamato a giudicare un caso simile.

Processo civile (dir. rom.), cit., pp. 24-25; C. A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 105 ss. Con particolare riferimento al tema dell'istruzione probatoria, cfr. G. Broggini, *La prova nel processo romano arcaico*, in *Ius*, 11 (1960), p. 348 ss.; G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, *ibidem*, p. 386 ss. Nella letteratura più recente, v. S. Puliatti, *Alla ricerca della verità. La discrezionalità del giudice tra retorica e diritto*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio. Trani, 22-23 maggio 2009*, cit., p. 43 ss.

[36] C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, II, cit., p. 186 ss.; Id., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, cit., p. 115 ss.; M. Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC – Perugia, 25-26 giugno 1999*, cit., pp. 24-25 (= *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, Napoli, 2001, pp. 278-279 [= *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, pp. 801-802]); L. Vacca, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, cit., p. 39, che osserva, opportunamente: «il problema della motivazione espressa della sentenza è di regola pregiudiziale rispetto al problema dell'eventuale utilizzazione della sentenza per la soluzione dei successivi casi simili». Sull'assenza di motivazione, v. da ultima B. Biscotti, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, I, Padova, 2012, p. 301 ss.

[37] M. Talamanca, *rec.* a *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno, Pavia 26-27 aprile 1985*, cit., pp. 855-856. Sulla questione, cfr. anche U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 9 ss.

[38] Sul punto, cfr. la letteratura richiamata *supra*, nt. 15.

[39] U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 17. Sulla mancata inclusione delle *res iudicatae* nei cataloghi delle fonti di produzione v. anche le osservazioni di M. Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, cit., pp. 29-30 (= *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, cit., pp. 284-285 [= *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 805-806]).

Le *res iudicatae* vengono in particolare ricondotte – sulla base di una classificazione di matrice aristotelica – al novero delle prove extratecniche o *inartificiales*, preesistenti ed estranee alla tecnica dell'oratore[40]. Queste ultime sono contrapposte alle prove tecniche o *artificiales*, argomentazioni escogitate dall'oratore ed espressione della sua particolare tecnica:

> Cic., *De orat.*, 2, 27, 116: *Ad probandum autem duplex est oratori subiecta materies: una rerum earum, quae non excogitantur ab oratore, sed in re positae ratione tractantur, ut tabulae, testimonia, pacta conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua, si quae sunt, quae non reperiuntur ab oratore, sed ad oratorem a causa atque a re deferuntur; altera est, quae tota in disputatione et in argumentatione oratoris conlocata est.*

Le trattazioni di retorica forniscono poi una minuziosa precettistica concernente l'efficace impiego delle *res iudicatae*. L'autore della *Rhetorica ad Herennium* ricorda che il precedente può essere citato per persuadere il giudice chiamato successivamente a risolvere un caso simile ed osserva che l'efficacia persuasiva dell'*exemplum* dipende dal grado di somiglianza tra quest'ultimo e il caso da decidere, dalla vicinanza nel tempo del precedente, dall'autorevolezza del giudice che ha sentenziato. Grande efficacia persuasiva viene poi riconosciuta alla citazione di un cospicuo numero di precedenti[41].

Questi insegnamenti si trovano ribaditi nella *Institutio oratoria* di Quintiliano: l'efficacia persuasiva degli *exempla* dipende dall'*auctoritas* di coloro che hanno sentenziato e dalla somiglianza delle cose intorno alle quali si discute[42].

---

[40] G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, cit., p. 404 ss.; Id., *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano, 1963, pp. 576-577 (= *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1985, pp. 86-87); U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*[2], Padova, 1995, p. 114 ss.; Id., *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 9 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 26 ss.

[41] *Rhet. ad Herenn.*, 2, 20: *Ergo, quia possunt res simili de causa dissimiliter iudicatae proferri, cum id usu venerit, iudicem cum iudice, tempus cum tempore, numerum cum numero iudiciorum conferemus*. *Rhet. ad Herenn.*, 2, 46: *Quoniam exornatio constat ex similibus et exemplis et amplificationibus et rebus iudicatis et ceteris rebus quae pertinent ad exaugendam et conlocupletandam argumentationem, quae sint his rebus vitia consideremus… Exemplum vitiosum est si aut falsum est ut reprehendatur, aut inprobum ut non sit imitandum, aut maius aut minus quam res postulat. Res iudicata vitiose proferetur si aut dissimili de re proferetur, aut de ea re qua de controversia non est, aut inproba, aut eiusmodi ut aut plures aut magis idoneae res iudicatae ab adversariis proferri possint*. Su questa precettistica, cfr. in particolare L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 26 ss.

[42] Quint., *Inst. orat.*, 5, 2, 2: *Confirmantur praecipue duobus, auctoritate eorum qui pronuntiaverunt, et similitudine*

Cicerone include le *res iudicatae* in una celebre descrizione degli elementi che compongono il diritto civile:

> Cic., *Top.*, 5, 28: *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum, aliae divisionum; partitionum, cum res ea, quae proposita est, quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse, quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat…*

Il testo non fornisce un catalogo delle fonti di produzione del diritto, ma si sofferma a considerare il *ius civile* dal punto di vista della distinzione retorica tra *divisio* e *partitio*[43]. Mentre il concetto di *divisio* postula la riconducibilità di diverse *species* ad un *genus* comune, il concetto di *partitio* è rivolto all'individuazione delle singole parti di un tutto unitario: il concetto da definire *quasi in membra discerpitur*. Il grande oratore mostra allora la consapevolezza che le *res iudicatae*, pur non costituendo una fonte di produzione del diritto, concorrono a delinearne l'assetto, il volto concreto.

Deve essere sottolineato, tuttavia, che le pronunce dei giudici, pur non costituendo una fonte di produzione del diritto, possono concorrere alla formazione di diritto consuetudinario. È in particolare dovuta alla giurisdizione del tribunale dei *centumviri* l'affermazione del principio *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*[44]. In caso di preterizione dell'*heres suus*, il testamento sarebbe stato dichiarato *inofficiosum*[45].

Altre volte, il precedente giurisprudenziale ha ampia risonanza, per l'importanza del principio affermato. Ampia eco ebbe nell'antichità – e viene tuttora

---

rerum de quibus quaeritur; refelluntur autem raro per contumeliam iudicum, nisi forte manifesta in iis culpa erit; vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam, et ipse pronuntiaturus, nec libenter exemplum, quod in se fortasse reccidat, facit. Sul punto, cfr. U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*[2], cit., pp. 115-116.

[43] Sul brano, cfr. ampiamente U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*[2], cit., p. 122 ss.; Id., *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., pp. 14-15; M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno, 2009, p. 108 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 23 ss.; per un accenno, v. anche M. Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, cit., p. 29 e nt. 22 (= *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, cit., p. 284 e nt. 30 [= *Scritti giuridici*, II, cit., p. 805 e nt. 26]).

[44] L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 38 ss.; Ead., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., p. 30.

[45] Sulle origini della *querela inofficiosi testamenti*, v. ora D. Di Ottavio, *Ricerche in tema di «querela inofficiosi testamenti»*, I, *Le origini*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

ricordata – la famosa *causa Curiana* (dal nome del convenuto Curio), svoltasi nel 93 a.C. davanti allo stesso tribunale centumvirale, che sancì la prevalenza del criterio ermeneutico basato sulla ricerca della volontà del disponente sull'interpretazione letterale delle parole contenute nel testamento[46].

A scanso di equivoci, in questa sede deve pure essere ricordata la particolare autorevolezza del tribunale centumvirale e la natura *lato sensu* politica delle sue pronunce[47]. Il tribunale centumvirale costituiva infatti una vistosa deroga al carattere arbitrale della giurisdizione romana. I *centumviri* non sono i *iudices privati* scelti dalle parti del processo formulare. Il collegio centumvirale era composto da ben 105 membri (3 per ognuna delle 35 tribù territoriali), prima scelti dal pretore, poi estratti a sorte, ed il cui numero venne portato a 180 dall'imperatore Traiano. L'attribuzione *ratione materiae* al collegio della competenza in tema di cause ereditarie è significativa testimonianza dell'autorevolezza dell'organo giudicante e del carattere politico – perché determinava un forte coinvolgimento della collettività – delle decisioni emesse.

Il valore delle sentenze rese dal funzionario imperiale nel sistema processuale della *cognitio extra ordinem* non è dissimile da quello delle sentenze rese dai *iudices privati* del processo formulare. Il processo, venuta meno la distinzione tra la fase *in iure* e la fase *apud iudicem*, si svolge ora interamente davanti al funzionario imperiale, che emana la sentenza. Le sentenze non costituiscono una fonte di produzione del diritto, ma viene ad esse riconosciuta una certa efficacia persuasiva nei confronti del medesimo funzionario che ha emanato la sentenza – quest'ultimo è naturalmente portato a seguire i propri precedenti – o di altri funzionari, successivamente chiamati a giudicare su casi simili.

Con specifico riferimento al sistema processuale della *cognitio extra ordinem*, si può anche ipotizzare che la maggiore importanza assunta dalla motivazione della sentenza ed il riconoscimento dell'appellabilità della stessa – essendo il funzionario imperiale, a differenza di quanto accadeva per il giudice privato, collocato all'interno di un'organizzazione a struttura gerarchica e piramidale – abbia potuto rafforzare l'efficacia persuasiva del precedente giudiziale.

---

[46] L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*[2], cit., pp. 30-31. Sulla *causa Curiana*, v. ampiamente G. Finazzi, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 82 ss.

[47] Cfr. M. Marrone, v. *Centumviri*, in *NNDI* 3, 1959, pp. 114-115 (= *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, pp. 67-68); sul tribunale centumvirale, v. anche, nella recente letteratura, L. Gagliardi, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 99 ss.

Un celebre brano di Callistrato contiene il suggestivo richiamo ad una *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*[48]. Il giurista dà conto di un rescritto di Settimio Severo[49]. L'imperatore avrebbe riconosciuto – nel caso in cui dall'applicazione delle leggi fossero scaturite delle *ambiguitates* – valore di legge alla consuetudine o alla *auctoritas* delle *res perpetuo similiter iudicatae*[50]:

> *D.* 1, 3, 38 (Callistr. 1 *quaest.*): *Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere*.

Il brano – secondo l'interpretazione che appare preferibile – deve essere riferito a problematiche giuridiche che potevano sorgere in ambito provinciale[51]. Nella realtà delle province romane, le *res perpetuo similiter iudicatae* costituiscono un mezzo di prova per la conoscenza dei diritti locali[52].

---

[48] Sulla figura di Callistrato, cfr. R. Bonini, *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, I, Milano, 1964, p. 11 ss.; S. Puliatti, *Il «de iure fisci» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, p. 1 ss.

[49] Per la datazione delle *quaestiones* di Callistrato, v. S. Puliatti, *Il «de iure fisci» di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, cit., p. 81 ss.

[50] Per il richiamo alla consuetudine, cfr. F. Gallo, *Produzione del diritto e sovranità popolare nel pensiero di Giuliano (a proposito di D. 1.3.32)*, in *Iura*, 36 (1985), p. 70 ss.; Id., *Precisazioni su «ius moribus receptum», «responsa prudentium», «consuetudo»*, in *Labeo* 46, 2000, p. 95 ss.

[51] M. Kaser, *Das Urteil als Rechtsquelle im römischen Recht*, in *Festschrift F. Schwind zum 65. Geburtstag*, Wien, 1978, pp. 128-129 (= *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, 1986, pp. 61-62); M. Marrone, *Su struttura della sentenza, motivazione e precedenti nel processo privato romano*, cit., pp. 32-33 (= *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, V, cit., pp. 287-288 [= *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 807-808]). Per una diversa interpretazione, v. tuttavia U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*[2], cit., p. 117 ss.; Id., *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., pp. 18-19. Secondo quest'ultimo autore, il brano segnerebbe il riconoscimento del valore di fonte del diritto ai giudicati uniformi e costanti. Nella letteratura più recente, v. anche M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, cit., pp. 112-113. Più in generale, sul tema della rilevanza delle *res iudicatae* per i giureconsulti romani, cfr. le osservazioni di L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, cit., p. 50 ss.

[52] Ciò appare essere confermato da *D.* 1, 3, 34 e *CI.* 8, 52 (53), 1. *D.* 1, 3, 34 (Ulp. 4 *de off. proc.*): *Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit. CI.* 8, 52 (53), 1 (*Alex. A. Apro evocato*, a. 224): *Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae*.

Un diverso valore deve essere riconosciuto, invece, come abbiamo già anticipato, alle costituzioni imperiali emanate dall'imperatore che assume le vesti di giudice in un processo (*decreta*).

5. Le sentenze emanate dall'imperatore che opera nelle vesti di giudice in un processo (*decreta*)

L'imperatore può assumere le vesti di giudice in un processo nel sistema della *cognitio extra ordinem*. La sentenza resa dall'imperatore (*decretum*) ha valore vincolante per i giudici successivamente chiamati a decidere casi simili[53]. Tale regola è stabilita espressamente solo da Giustiniano, nel *principium* della costituzione riportata in *CI.* 1, 14, 12:

> *CI.* 1, 14, 12 pr. (*Iust. A. Demostheni pp.*, a. 529): *Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus***.**

La regola enunciata da Giustiniano non ha, in realtà, portata innovativa[54]. Già in precedenza era riconosciuto valore di fonti del diritto a tutte le costituzioni imperiali. Una significativa testimonianza relativa al valore vincolante del *decretum* è costituita da un brano dell'orazione *de testamentis transmarinis* di Frontone – tenuta

[53] Sul punto, cfr. U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 15.

[54] Mentre non rappresenta una novità il riconoscimento del valore vincolante dei *decreta*, del tutto nuova rispetto al passato è la concezione della funzione del diritto e del potere imperiale: v. sul punto i numerosi contributi di G. G. Archi, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 86 ss.; Id., *Il diritto nell'azione politica di Giustiniano*, in *SDHI*, 47 (1981), p. 31 ss.; Id., *Problemi e modelli legislativi all'epoca di Teodosio II e di Giustiniano*, in *SDHI*, 50 (1984), p. 341 ss.; Id., *Il potere normativo imperiale nella Costantinopoli di Giustiniano. Tradizione e innovazione*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IV, *Novella constitutio. Studies in Honour of N. van der Wal*, Groningae, 1990, p. 12 ss.; Id., *I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustinianea*, in *SDHI*, 57 (1991), p. 124 ss. Sulla costituzione e sulla possibilità che anche *CI.* 7, 45, 13 facesse parte di un unico, più ampio, contesto normativo, cfr. G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, Milano, 1983, p. 7 ss.; nella letteratura successiva, v. F. P. Casavola, *Legislatore interprete*, in *Labeo* 41, 1995, p. 90 ss.; U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*[2], cit., pp. 9-19; Id., *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, cit., pp. 22-23.

di fronte ad Antonino Pio – che conosciamo grazie alla parziale trascrizione effettuata da Marco Aurelio in un'epistola indirizzata allo stesso oratore[55]:

> *Ep. ad M. Caes.* 1, 6, 2-3: *In iis rebus et causis quae a privatis iudicibus iudicantur, nullum inest periculum, quia sententiae eorum intra causarum demum terminos valent; tuis autem decretis, imperator, exempla publice valitura in perpetuum sanciuntur. Tanto maior tibi vis et potestas quam fatis adtributa est: fata quid singulis nostrum eveniat statuunt; tu, ubi quid in singulos decernis, ibi universos exemplo adstringis.* 3. *Quare, si hoc decretum tibi proconsulis placuerit, formam dederis omnibus omnium provinciarum magistratibus, quid in eiusmodi causis decernant.*

Mentre le sentenze rese dai *iudices privati* valgono *intra causarum demum terminos*, i decreti imperiali obbligano *universos exemplo*. Le *institutiones* ulpianee affermano che la volontà imperiale ha valore di legge, costituisce una fonte di produzione del diritto: «*quod principi placuit legis habet vigorem*» (*D.* 1, 4, 1 pr. [Ulp. 1 *inst.*])[56]. Il prosieguo del medesimo frammento ulpianeo precisa che sono fonti di produzione del diritto tutte le costituzioni imperiali: le istruzioni impartite ai pubblici funzionari (*mandata*), le risposte date a quesiti rivolti da funzionari e da privati (*epistulae* e *rescripta*, o *subscriptiones*), le pronunce emanate dall'imperatore nelle vesti di giudice di un processo (*decreta*), i provvedimenti rivolti alla generalità dei consociati (*edicta*)[57]. Occorre, tuttavia, tenere presente che alcune costituzioni

[55] Sul punto, v. R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, cit., p. 93 ss., secondo cui il brano testimonierebbe che: «già prima della metà del secondo secolo d.C. ogni dubbio sulla possibilità di generalizzare anche le sentenze imperiali era definitivamente superato»; T. Spagnuolo Vigorita, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, cit., p. 73 e ss.; U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 15; M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, cit., p. 109.

[56] *D.* 1, 4, 1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*. Sul brano ulpianeo e sui suoi impieghi da parte dei teorici dell'assolutismo moderno, v. per tutti Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., p. 374 ss. (= *The invention of law in the West*, cit., p. 431 ss.). Sulla *lex regia*, cfr. ora D. Mantovani, *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008)*, Roma, 2009, p. 125 ss. Per un resoconto del dibattito dottrinale concernente la c.d. *lex de imperio Vespasiani*, v. anche P. Buongiorno, *Idee vecchie e nuove in tema di lex de imperio Vespasiani*, in *Athenaeum*, 100 (2012), p. 513 ss.

[57] *D.* 1, 4, 1, 1 (Ulp. 1 *inst.*): *Quodcumque igitur imperator per epistulam et subscriptionem statuit vel cognoscens decrevit vel de plano interlocutus est vel edicto praecepit, legem esse constat. haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus.* Sui vari tipi di costituzioni imperiali, cfr. R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, cit., p. 77 ss.

imperiali hanno carattere personale e non sono suscettibili di ricevere applicazione generalizzata[58].

6. Il valore del precedente giudiziale in diritto giustinianeo

Abbiamo già visto come le sentenze emanate dai giudici – siano essi *iudices privati* nel sistema del processo formulare o funzionari imperiali nel sistema della *cognitio extra ordinem* – non rientrassero nel catalogo delle fonti del diritto e non possedessero valore vincolante per i giudici successivamente chiamati a risolvere i casi simili. Il quadro appena delineato risulta essere confermato anche in diritto giustinianeo:

> *CI.* 7, 45, 13 (*Iust. A. Demostheni pp.*, a. 529): *Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus*.

Giustiniano afferma che i precedenti giudiziari non sono vincolanti. I giudici devono giudicare non sulla base dei precedenti giudiziari, ma sulla base delle leggi (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*)[59].

La tematica che ci occupa deve essere infine posta in relazione con il più ampio disegno riformatore portato avanti dall'artefice delle grandi compilazioni. L'imperatore mira a realizzare – e pretende di aver realizzato – un sistema del tutto au-

[58] *D.* 1, 4, 1, 2 (Ulp. 1 *inst.*): *Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur: nam quae princeps alicui ob merita indulsit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.* Cfr. sul punto M. Amelotti, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, p. 29 ss.; per un accenno, v. anche M. Sargenti, *Considerazioni sul potere normativo imperiale*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VI, Napoli, 1984, pp. 2639-2640 (= *Scritti di M. Sargenti [1947-2006]*, Napoli, 2011, pp. 1069-1070) e M. Scognamiglio, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, cit., p. 115. Deve essere pure in questa sede segnalato l'atteggiamento di sfavore che si manifesta, soprattutto a partire da Costantino, per l'applicazione delle costituzioni imperiali a carattere particolare oltre i casi che ne avevano determinato l'emanazione: sulla questione, v. i miei *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, III, *Dominato*, Bologna, 2004, p. 165 ss.; nella letteratura più recente, cfr. M. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 143 ss.

[59] U. Vincenti, *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, cit., p. 23.

tosufficiente, privo di ambiguità e contraddizioni, coerente e completo. Nel timore che l'attività interpretativa potesse di nuovo condurre alla situazione di grave incertezza che aveva caratterizzato l'esperienza del tardoantico, giunge a vietare ogni opera di commento[60]. La stessa esigenza di preservare il testo da corruzioni e di evitare ambiguità interpretative spinge l'imperatore a vietare persino l'impiego di sigle e abbreviazioni[61]. Siffatti divieti – già contenuti nei paragrafi 12 e 13 della const. *Deo auctore* – sono ribaditi, anche con la minaccia di gravi sanzioni – nei paragrafi 21 e 22 della *const. Tanta*[62]. È ammessa soltanto la redazione di κατὰ πόδα (traduzioni letterali in greco, condotte parola per parola) e di παράτιτλα (richiami a passi paralleli).

---

[60] *Const. Deo auctore*, 12: *Nostram autem consummationem, quae a vobis deo adnuente componetur, digestorum vel pandectarum nomen habere sancimus, nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verbositate sua supra dicti codicis compendium confundere. quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum suptilitatem* (quae paratitla nuncupantur *add. F² S*) *quaedam admonitoria eius facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo.* Cfr. R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*⁴, Bologna, 1985, p. 28 (= *Lineamenti di storia del diritto romano*², cit., p. 642); M. Amelotti, *Giustiniano interprete del diritto*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli, 1997, pp. 3-9 (= *Scritti giuridici*, Torino, 1996, pp. 686-691); L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 442 e nt. 12 e pp. 445-446; sui divieti di interpretazione stabiliti da Giustiniano, v. da ultimo G. Falcone, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law*, IX, Groningae, 2014, pp. 1-36.

[61] *Const. Deo auctore*, 13: *Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio, iubemus non per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt, eiusdem codicis textum conscribi: etiam si numerus librorum significatur aut aliud quicquam: nec haec etenim per specialia sigla numerorum manifestari, sed per litterarum consequentiam explanari concedimus.*

[62] *Const. Tanta*, 21-22: *Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci* κατὰ πόδα *dicunt), et si qui forsitan per titulorum suptilitatem adnotare maluerint et ea quae* παράτιτλα *nuncupantur componere. alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus… si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituantur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.* 22. *Eandem autem poenam falsitatis constituimus et adversus eos, qui in posterum leges nostras per siglorum obscuritates ausi fuerint conscribere. omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari, ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum…* Sanzioni contro i *librarii* che avessero violato siffatte previsioni sono altresì previste nel prosieguo del paragrafo e in *const. Omnem*, 8.

In diritto giustinianeo la volontà imperiale è ormai – com'è noto – l'unica fonte di produzione del diritto. I giudici di fronte alle incertezze interpretative, dovranno astenersi dal giudicare e rivolgersi all'imperatore «*cui soli concessum est leges et condere et interpretari*» (si esprime così il già richiamato paragrafo 21 della *const. Tanta*)[63]. L'imperatore è ormai l'unico creatore e interprete del diritto[64].

L'esperienza della *relatio ad principem* in caso di dubbi interpretativi è stata successivamente assunta a modello in Europa, in momenti storici diversi e per rispondere – nel quadro dei cangianti equilibri tra potere legislativo e potere giudiziario – ad esigenze anche diametralmente opposte. L'istituto della *relatio ad principem* venne utilizzato dalla monarchia assoluta di Luigi XIV per comprimere i poteri degli organi giurisdizionali[65]. Più tardi, il c.d. riferimento al legislatore costituì uno degli istituti più caratteristici dell'illuminismo giuridico, che propugnava una rigida separazione tra potere legislativo e potere giudiziario[66].

---

[63] La stretta connessione tra i divieti di interpretazione posti dall'imperatore e il c.d. riferimento al legislatore è opportunamente evidenziata da R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 59 ss., nonché, più di recente, da P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000, p. 42 ss. Per un efficace quadro d'insieme in prospettiva storico-comparatistica, cfr. anche G. Gorla, v. *Giurisprudenza*, cit., p. 493 e nt. 8 (= *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 270 e nt. 8). Per un rapido affresco degli sviluppi successivi dello stesso diritto giustinianeo, con particolare riferimento alle previsioni contenute nelle *Novv.* 113 e 125, cfr. F. Gallo, *La codificazione giustinianea*, in *Index*, 14 (1986), pp. 44-45.

[64] Significativa in tal senso è già *CI.* 1, 14, 12, 3: *Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi. si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet.* Il monopolio dell'imperatore sull'interpretazione del diritto era andato progressivamente affermandosi nel corso del dominato: cfr. *CTh.* 1, 2, 3 = *CI.* 1, 14, 1 (a. 316); *Nov. Marc. 4* = *CI.* 1, 14, 9 (a. 454); *CI.* 1, 14, 11 (a. 474). Più in generale, sull'attività interpretativa dell'imperatore, anche con riferimento ai secoli precedenti, cfr. J. Gaudemet, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen, 1954, pp. 169-203. Con particolare riguardo al diritto giustinianeo e bizantino, v. da ultimo S. Puliatti, *L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia, 2011, p. 397 ss.

[65] Sul *référé législatif* dell'*Ancien Régime*, v. per tutti le osservazioni di P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, cit., *praecipue* p. 56 ss.; Id., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, p. 5 ss.

[66] Cfr. ancora P. Alvazzi del Frate, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, cit., *praecipue* p. 56 ss.; Id., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., p. 91 ss.

7. La tradizione romanistica intorno al valore del precedente

Il diritto romano-giustinianeo, nelle rielaborazioni offerte da Glossatori e Commentatori, è stato nel corso dell'età di mezzo l'unico strumento che poteva essere conosciuto in tutta Europa e che poteva essere utilizzato in ogni parte del continente[67]. Fino al momento dell'emanazione dei codici moderni si realizzò in Europa uno straordinario fenomeno di sviluppo culturale unitario[68]. Queste considerazioni valgono anche con riferimento al tema oggetto dell'odierno seminario e permettono di comprendere gli sviluppi del tema che ci occupa nell'età del diritto comune.

Per quanto concerne il valore da riconoscere alle opinioni dei giuristi nell'età del diritto intermedio sarà necessario ricordare che la *communis opinio doctorum*, l'opinione giurisprudenziale che gode di maggiore autorevolezza, non ha valore di legge: da essa è lecito dissentire. Tuttavia, i giudici e i funzionari, ritenuti personalmente responsabili del loro operato, raramente non si adeguavano alla *communis opinio*[69].

Il primato della legge emanata dall'imperatore nel quadro risultante dal *Corpus iuris civilis* determinò un atteggiamento di grande sfavore verso la creazione del diritto da parte dei giudici[70]. Significativo esempio di questa tendenza è l'interpretazione che venne data di un rescritto di Severo Alessandro contenuto in *CI.* 7, 64, 2[71]. Il rescritto imperiale negava che potesse essere riconosciuto un qualche

---

[67] L'osservazione è in G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*[5], Padova, 2010, p. 179.

[68] Sullo *ius commune* e sul suo sviluppo, v. M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*, Roma, 1988, p. 61 ss. (= *The Common Legal Past of Europe. 1000-1800*, Washington, D.C., 1995, p. 55 ss.); R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future. Unity and diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002, p. 13 ss. (= *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003, p. 21 ss.); A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, p. 77 ss.; R. Zimmermann, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e impresa / Europa*, 14 (2009), p. 101 ss.; Id., *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*[4], Alphen aan den Rijn, 2011, p. 27 ss.

[69] G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, in *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, cit., p. 57 ss. Sulla *communis opinio*, v. ampiamente L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milano, 1967 (rist. 1975), p. 119 ss.

[70] G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, cit., p. 61 ss.

[71] *CI.* 7, 64, 2 (*Alex. A. Capitoni*, s.d.): *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiorem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo*

valore – anche se non era stato proposto appello – alla sentenza resa da un giudice che aveva macroscopicamente violato una regola di diritto notissima: l'incapacità del minore di 14 anni di fare testamento. Il contenuto precettivo individuato nel rescritto severiano costituì – come è stato osservato in dottrina – un ostacolo alla comunicazione delle *rationes decidendi* delle sentenze[72]. Del rescritto venne data – fino al quindicesimo secolo – un'interpretazione particolarmente estensiva, con l'effetto di indurre i giudici a non motivare in diritto le loro pronunce. Tale stato di cose indebolì fortemente la possibilità per il precedente giudiziale di dispiegare una qualche efficacia.

La nascita dello stato moderno portò ad avvertire sempre di più l'esigenza di un'uniforme interpretazione e applicazione del diritto all'interno del territorio dello Stato. Ho già accennato alla disciplina della *relatio ad principem* voluta da Luigi XIV e contenuta nell'*Ordonnance civile* del 1667 (*Code Louis*)[73].

Nel corso dei secoli diciottesimo e diciannovesimo le esigenze di uniforme interpretazione e applicazione del diritto si manifestarono con ancora maggiore vigore. Gli ordinamenti nazionali cercarono di offrire una risposta attraverso due strumenti: 1) l'attribuzione di valore normativo ai precedenti giudiziali dei tribunali supremi; 2) l'attribuzione della funzione di interpretare le leggi al potere legislativo, attraverso l'istituto del riferimento al legislatore.

1) In Assia – regione centro-occidentale della Germania – si affermò legislativamente nel corso del XVIII secolo e fino al secolo successivo che i tribunali d'appello non avessero più l'autorità di modificare i propri precedenti[74]. Nello Stato di Hannover, a partire dal 1838, tutti i tribunali dovevano seguire

---

in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. 1. *Quod si, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes.* Per l'esegesi di questa costituzione, v. L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, p. 71 ss., nonché G. Pugliese, *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano, 1963, p. 147 e nt. 11 (= *Scritti giuridici scelti*, II, Camerino, 1985, p. 91 e nt. 11). Per un accenno al principio enunciato nel primo paragrafo, v. anche Id., *«Res iudicata pro veritate accipitur»*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, p. 799 (= *Scritti giuridici scelti*, II, cit., p. 217).

[72] G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, cit., p. 63 ss.

[73] N. Picardi, *I lavori preparatori del Code Louis*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2601 ss.; Id., *Il giudice e la legge nel Code Louis*, in *RDP*, 50 (1995), p. 33 ss.; Id., *Introduzione*, in *Code Louis. T. i Ordonnance civile, 1667*, Milano, 1996 [Testi e documenti per la storia del processo, I, a cura di N. Picardi e A. Giuliani], p. IX ss.; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 128 ss.

[74] G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, cit., p. 79.

i precedenti del tribunale supremo pubblicati nella Gazzetta dello Stato. La regola venne abrogata nel 1848, in quanto il parlamento aveva timore che potesse risultare compromesso il proprio monopolio legislativo[75]. Dal 1850 al 1870 in Austria tutti i tribunali inferiori dovevano seguire le decisioni del tribunale supremo[76].

2) L'obbligo dei giudici di ricorrere al sovrano, in caso di dubbi interpretativi, venne previsto dalle *Leggi e Costituzioni* sabaude del 1770, nel cui Proemio può leggersi: «qualora si eccitasse qualche dubbio sulla intelligenza delle medesime [costituzioni], li Magistrati ce ne rassegneranno le loro rappresentanze per ricevere le nostre determinazioni»[77]. In tal senso provvide anche il *Codice di Leggi e Costituzioni* emanato dal Duca di Modena Francesco III nel 1771, nonché il *Dispaccio* del Re di Napoli Ferdinando IV del 23 settembre 1774, opera di Bernardo Tanucci[78]. L'istituto del riferimento al legislatore sembrò rispondere perfettamente al principio di separazione dei poteri ed alla nuova concezione della giurisdizione, intesa come pura applicazione sillogistica della legge: «*les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*» (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 11, 6 [éd. J. Brethe de la Gressaye, II, Paris, 1955, p. 72]).

---

[75] Così, G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, cit., p. 80.

[76] G. Dolezalek, *Precedenti giudiziali nello ius commune*, cit., p. 80.

[77] Sul punto, cfr. P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., p. 10 e nt. 20. Per un quadro d'insieme sulle consolidazioni sabaude, v. M. E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*[3], Torino, 1967, pp. 21-22; R. Bonini, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*[2], Bologna, 1988, p. 9 ss.; G. S. Pene Vidari, *Introduzione. Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, in *Costituzioni sabaude. 1723*, Milano, 2002 [Testi e documenti per la storia del processo, II[a] sezione: codici degli stati italiani preunitari, I, a cura di N. Picardi e A. Giuliani], p. ix ss.; Id., *Legislazione e giurisprudenza nel diritto sabaudo*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale. Alghero, 4-6 novembre 2004*, Roma, 2006, p. 201 ss. (= *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, 2007, p. 35 ss.); I. Soffietti, in I. Soffietti, C. Montanari, *Il diritto negli Stati sabaudi: fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino, 2008, p. 53 e ss.

[78] V. ancora P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., pp 10-11. Sul Codice estense del 1771, v. R. Bonini, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*[2], cit., p. 115 ss.; nonché, nella letteratura più recente, C. E. Tavilla, *Introduzione. Il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici*, in *Codice estense. 1771*, Milano, 2001, p. ix ss. Sulla figura di Bernardo Tanucci, cfr. in particolare G. Galasso, *Tanucci: immagine e prospettive storiografiche*, in *Bernardo Tanucci. Statista, letterato, giurista. Atti del Convegno internazionale di studi per il secondo centenario. 1783-1983*, I, Napoli, 1986, p. 5 ss.; per la biografia, v. ora A. V. Migliorini, v. *Tanucci, Bernardo*, in *DBGI*, II, Bologna, 2013, p. 1931 ss.

L'esaltazione della legge – caratteristica della temperie culturale illuministica – ebbe «come corollario l'enfatizzazione della interpretazione autentica, considerata l'unica interpretazione possibile»[79]. I giudici dovevano semplicemente applicare le parole della legge, era loro preclusa ogni forma di interpretazione.

Nel 1790 l'Assemblea Nazionale Costituente introdusse il *référé législatif* nella Francia rivoluzionaria. Il dogma dell'interpretazione sillogistica della legge si rivelò però soltanto una breve utopia. Anzi – alla luce delle numerose difficoltà di applicazione pratica cui diede vita l'istituto – un macroscopico e grossolano errore. L'art. 4 del Code Napoléon, rendendo perseguibile per diniego di giustizia il giudice che avesse omesso di giudicare sotto il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, determinò l'abrogazione dell'istituto del *référé*. Grazie all'art. 4 del Code Napoléon l'interpretazione nomopoietica conobbe nuova vita. La disposizione permetteva pure di rivolgere nuovamente in sede di interpretazione lo sguardo al diritto romano, che per secoli, era stato ritenuto *ratio scripta*[80]. Veniva così gettato – come ha avuto modo di osservare Ugo Petronio – un ponte tra il vecchio – rappresentato dalla tradizione consolidata del diritto romano e della scienza giuridica medioevale – e il nuovo[81]. Mi fermo qui. I filosofi del diritto e i cultori del diritto positivo sapranno meglio di me illustrare altri profili del tema che ci occupa.

---

[79] Così P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, cit., p. 12.

[80] Sulle origini e l'impiego di tale espressione, v. A. Guzmán, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, 1981, p. 5 ss.; E. Cortese, *Un personaggio in cerca d'autore. La compilazione giustinianea nel medioevo*, in *Diritto@Storia*, 3 (2004).

[81] Cfr. U. Petronio, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di storia del diritto. Napoli, 18-20 ottobre 2001*, cit., p. 457. Sull'art. 4 del Codice civile francese, v. anche Id., *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, 2012, p. 77 ss.

Le interferenze nell'avveramento della condizione: la riflessione di Giuseppe Grosso fra tradizione romanistica e globalizzazione giuridica*

1. Alcuni aspetti della riflessione scientifica di Giuseppe Grosso

Giuseppe Grosso si formò, com'è noto, alla scuola di Gino Segrè[1]. Quest'ultimo, oltre che illustre studioso di diritto romano, a sua volta allievo – a Pavia, dove si laureò nel 1886 – di Contardo Ferrini, era anche apprezzato e fecondo civilista e giuscommercialista[2]. Sotto la guida di Gino Segrè, Giuseppe Grosso conseguì la laurea a Torino nel giugno del 1927, discutendo una tesi dal titolo *Ricerche intorno ai* "*bonae fidei iudicia*"[3]. Al pari di Giuseppe Grosso, furono allievi di Gino Segrè civilisti e romanisti del calibro di Carlo Maiorca, Alberto Montel, Emilio Betti, Giovanni Pugliese, nonché italianisti, come Guido Astuti (che, tuttavia, si laureò sotto la guida di Federico Patetta)[4].

---

* Pubblicato in *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un «Codice» per Curitiba*, a cura di D. D'Orsogna, G. Lobrano, P. P. Onida, Napoli, 2017, pp. 257-285. Si tratta della relazione tenuta presso l'Università di Sassari il 14 dicembre 2013. Per questo motivo non viene preso in considerazione il testo dell'art. 1304-3 del Codice civile francese come riformato nel 2016.

[1] Cfr. F. Goria, v. *Grosso, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, LX, *Grosso - Guglielmo da Forlì*, Roma 2003, pp. 3-4; Id., v. *Grosso, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese *et alii*, I, *A-Les*, Bologna 2013, p. 1075; sul punto v. anche G. Nicosia, v. *Segrè, Gino*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese *et alii*, II, *Lev-Z*, Bologna 2013, p. 1848.

[2] A questo proposito cfr. G. Nicosia, v. *Segrè, Gino*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II, cit., p. 1846.

[3] Sul punto, cfr. ancora F. Goria, v. *Grosso, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 1075.

[4] Si veda ancora G. Nicosia, v. *Segrè, Gino*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, II,

Richiamare il contesto culturale in cui maturò il percorso di formazione scientifica di Giuseppe Grosso permette di spiegare la sua convinta adesione alla prospettiva secondo la quale il fenomeno giuridico possiede, al di là delle specificità che caratterizzano le singole discipline, carattere unitario e il correlativo interesse – ulteriormente suscitato dai lavori preparatori del Codice civile del 1942 e dall'entrata in vigore della nuova codificazione – anche per le tematiche di diritto positivo[5].

La salda percezione dell'unitarietà del fenomeno giuridico si accompagna – nella riflessione scientifica di Giuseppe Grosso – all'adozione e al perfezionamento del metodo storico-dogmatico, impostazione già sostenuta e propugnata da Gino Segrè, attraverso la quale – come ha avuto modo di osservare Mario Caravale – la grande tradizione pandettistica risultava, in qualche modo, "vivificata" dall'adozione di una prospettiva storica e dagli apporti della ricerca filologica[6].

L'opera di Giuseppe Grosso può essere dunque ricondotta alle medesime coordinate culturali da cui prese avvio la riflessione scientifica di Giovanni Pugliese che peraltro giunse a risultati diversi, che potremmo forse considerare per certi aspetti più maturi e originali, soprattutto grazie alla valorizzazione dell'apporto che potevano fornire gli strumenti della comparazione giuridica[7]. Non a caso anche quest'ultimo autore si laureò sotto la guida di Gino Segrè, con una tesi su *I negozi simulati nel diritto romano, nel diritto comune e nel diritto civile attuale*; parte del lavoro di tesi confluì poi nel volume, pubblicato a Padova nel 1938, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*[8].

---

cit., p. 1848, *cui adde* M. Caravale, v. *Astuti, Guido*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIV, *Primo supplemento (A-C)*, Roma 1988, p. 194; Id., v. *Astuti, Guido*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 119.

[5] Cfr., in particolare, F. Goria, v. *Grosso, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 1076.

[6] M. Caravale, v. *Astuti, Guido*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXIV, *Primo supplemento (A-C)*, Roma 1988, p. 195; Id., v. *Astuti, Guido*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 119.

[7] Sul punto, v. C. A. Cannata, v. *Pugliese, Giovanni*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, II, cit., p. 1640, che ricorda anche come lo sviluppo di siffatto orientamento scientifico di Giovanni Pugliese «trovò notevole stimolo e conforto» nel rapporto di colleganza, a Roma, con Gino Gorla «civilista e comparatista assai interessato alle vicende storiche del diritto: tanto che P. concluse la sua carriera sostituendolo – come ordinario della materia – nell'a.a. 1983-84».

[8] Cfr. ancora C. A. Cannata, v. *Pugliese, Giovanni*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, II, cit., pp. 1637-1638.

Come è stato osservato da Carlo Augusto Cannata: «il punto di partenza della ricerca vedeva già il diritto romano in una dimensione storica complessiva», mentre «l'isolamento della tematica romanistica ai fini della pubblicazione a stampa fu dovuta a motivi esteriori: dipese infatti da un'esortazione del maestro che, intendendo avviare l'allievo alla carriera accademica, preferiva che questi si munisse di titoli specificamente connessi con la materia dei concorsi»[9]. Grazie a questo volume e al successivo e ben più celebre *Actio e diritto subiettivo*, del 1939, Giovanni Pugliese, omettendo la tappa della libera docenza, ottenne nel 1940 la cattedra di Diritto romano dell'Università di Sassari (presso la quale era già incaricato dal 24 gennaio 1939)[10].

Richiamate brevemente, anche attraverso il raffronto con Giovanni Pugliese, allievo dello stesso Maestro, queste caratteristiche dell'opera di Giuseppe Grosso – la piena consapevolezza dell'unitarietà del fenomeno giuridico, la percezione della dimensione storica del diritto romano e l'interesse rivolto anche verso il diritto positivo – mi è particolarmente gradito proporre in questa sede una relazione su *Tradizione romanistica e globalizzazione giuridica*, prendendo in considerazione, in modo particolare, la disciplina delle interferenze nell'avveramento della condizione[11].

Mette anche conto ricordare che proprio a quest'ultimo tema lo stesso Giuseppe Grosso dedicò alcuni contributi, tra cui si segnala la densa prolusione al corso di Diritto romano letta nella Regia Università di Modena il 9 dicembre del 1930, dal titolo *La finzione di adempimento della condizione* (com'è noto, Giuseppe Grosso ottenne nel 1930 la cattedra di Diritto romano presso l'Università di Modena, dove rimase fino al 1933, prima di ritornare a Torino nel 1935, dopo aver insegnato, nei due anni immediatamente precedenti, a Pisa e a Genova)[12]. Le regole in mate-

[9] C. A. Cannata, v. *Pugliese, Giovanni*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, II, cit., p. 1638.

[10] Cfr., ancora una volta, C. A. Cannata, v. *Pugliese, Giovanni*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, II, cit., p. 1638.

[11] Della disciplina delle interferenze nell'avveramento della condizione, ho già avuto modo di occuparmi brevemente in alcuni precedenti contributi: *Condizioni: II. Interferenze nell'avveramento*, in G. Luchetti, A. Petrucci (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna 2006, pp. 383-393; *Condizioni: III. Interferenze nell'avveramento*, in G. Luchetti, A. Petrucci (a cura di), *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, Bologna 2010, pp. 247-249, 253-254 e 278-284.

[12] G. Grosso, *La finzione di adempimento nella condizione*, Modena 1930, pp. 1-61 (= Id., *Scritti storico-giuridici*, III, Torino 2001, pp. 429-489). Per le notizie sulla carriera e sulla docenza modenese di Giuseppe Grosso, cfr. F. Goria, v. *Grosso, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, I, cit., p. 1075.

ria di interferenze nell'avveramento della condizione formarono anche oggetto di altri lavori: una comunicazione tenuta presso l'Accademia delle scienze di Torino (*Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, 1929-1930), un ampio saggio pubblicato nelle Memorie dell'Istituto Giuridico della Regia Università di Torino (*Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930), nonché, qualche anno più tardi, una nota a sentenza (*Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento*, 1939)[13].

2. Globalizzazione, diritto, scienza giuridica

Il processo di integrazione e l'affermarsi di una forte interdipendenza delle economie e dei mercati internazionali, favorito anche dal rapido progresso delle tecniche informatiche e telematiche, ha avuto significative ripercussioni sull'universo giuridico[14]. Alla nascita di un nuovo modello di organizzazione degli scambi, ormai di dimensioni planetarie o globali, si è accompagnato, infatti, il contestuale declino delle tradizionali idee di Stato e di sovranità[15]. I mercati mondiali esigono infatti regole uniformi. La globalizzazione dell'economia ha determinato la crisi, forse irreversibile, dei dogmi della statualità e della nazionalità del diritto[16].

Le prassi seguite dagli operatori economici costituiscono oggi una fonte di produzione del diritto di origine astatuale[17]. Le regole create dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli stati sono state effica-

[13] G. Grosso, *Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione*, in *Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino*, 65 (1929-1930), pp. 455-472 (= Id., *Scritti storico-giuridici*, III, cit., pp. 490-507); Id., *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, Torino 1930, pp. 3-59 (= Id., *Scritti storico-giuridici*, III, cit., pp. 372-428); Id., *Impedimento al verificarsi della condizione e finzione di adempimento* (nota a Corte d'Appello di Torino, 27 aprile 1938), in *Rivista di diritto commerciale*, 37.2 (1939), pp. 52-61 (= Id., *Scritti storico-giuridici*, III, cit., pp. 587-596).

[14] L'incidenza dell'impiego delle nuove tecnologie nel processo di globalizzazione è sottolineata da P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il foro italiano*, V (2002), coll. 154-155; sul punto, v. anche D. Zolo, v. *Globalizzazione*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento*, II, Torino 2005, pp. 379 e 387-391.

[15] P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 155-156; D. Zolo, v. *Globalizzazione*, cit., pp. 391-397.

[16] Cfr. sul punto F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova 2010, p. 19.

[17] V. ancora sulla questione F. Galgano, M. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., pp. 266-287.

cemente definite nuova *lex mercatoria*, per alludere alla rinascita di un insieme di norme a carattere universale, nello stesso modo in cui fu universale il diritto dei mercanti medievali[18].

Alla globalizzazione sono collegati dunque due fenomeni ulteriori: il raggiungimento di una maggiore complessità del fenomeno giuridico a seguito dell'affermarsi di una pluralità di fonti di produzione del diritto e la creazione del diritto privato da parte di privati, come è storicamente avvenuto prima dell'affermazione del monopolio dello Stato moderno sulla creazione del diritto[19].

Il giurista ha, nell'ormai mutato quadro, un ruolo attivo e propulsivo, che supera la tradizionale immagine dell'interprete vincolato alla semplice attività di esegesi di una fonte normativa scritta[20]. Costituiscono significativi esempi in questa direzione i tentativi volti ad enucleare in ambito transnazionale dei principi comuni, ordinanti la materia contrattuale: proprio la disciplina del contratto, il supporto giuridico del mercato, costituisce il nucleo fondamentale del diritto globalizzato[21].

Mi riferisco, in particolare, per fare alcuni esempi, all'esperienza dei Principi dei contratti commerciali internazionali, editi a cura dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (Unidroit), con sede a Roma, e, in ambito più specificamente europeo, alla pubblicazione dei Principi di diritto europeo dei contratti da parte della Commissione presieduta dal giurista danese Ole Lando[22].

---

[18] F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, pp. 43-76; Id., *Lex mercatoria*, 5ª ed., Bologna 2010, *praecipue* pp. 248-250. Per un'ampia ricognizione del dibattito dottrinale sul tema cfr. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova 2003, pp. 633-724.

[19] Questi aspetti sono efficacemente rimarcati da P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 158-162. Per ulteriori osservazioni dello stesso autore, cfr. Id., *Il costituzionalismo moderno tra mito e storia*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, 3ª ed., Milano 2007, pp. 229-232.

[20] P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., col. 159; in quest'ordine di idee v. anche F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 72-76; Id., Lex mercatoria, cit., pp. 284-287.

[21] Cfr. sul punto P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., coll. 159-160; per una più ampia analisi del ruolo riservato al contratto nel diritto globalizzato v. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 93-114.

[22] Cfr., rispettivamente, M. J. Bonell (ed.), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali 2010*, Roma 2010, pp. 1-495 e O. Lando, H. Beale (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, The Hague-London-Boston 2000, pp. 1-561; O. Lando, E. Clive, A. Prüm, R. Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law. Part III*, The Hague-London-New York 2003, pp. 1-291. Con specifico riguardo ai progetti per l'armonizzazione del diritto privato europeo, v. ora le osservazioni di K. P. Berger, *European Private Law, Lex Mercatoria and Globalization*, in *Towards a European Civil Code*, 4ª ed., Alphen aan den Rijn 2011, pp. 55-70.

Proprio quest'ultima iniziativa ha avuto ulteriori sviluppi, che potrebbero portare, in prosieguo di tempo, all'adozione di una nuova disciplina in materia contrattuale a livello europeo. Sulla scia dell'attività già posta in essere dalla Commissione Lando è stato costituito, infatti, uno *Study Group on a European Civil Code*, coordinato da Christian von Bar, che, unitamente ad un altro gruppo di lavoro, che opera con l'obiettivo principale di chiarire i contenuti del diritto comunitario, l'*Acquis Group*, ha recentemente pubblicato il *Draft Common Frame of Reference*[23].

3. L'esperienza europea: il Draft Common Frame of Reference

La pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference* si inserisce dunque nel più ampio contesto dei tentativi tesi a realizzare, come obiettivo finale, che non ne esclude altri intermedi minori, l'effetto dell'armonizzazione, se non proprio dell'unificazione, della disciplina contrattuale da applicare nei paesi membri dell'Unione Europea[24].

A differenza di altri progetti provenienti dal mondo accademico, come il Progetto preliminare di un Codice europeo dei contratti dell'Accademia di Pavia coordinato da Giuseppe Gandolfi o il *Common Core of European Private Law Project*, nato nel 1993 presso l'Università di Trento su iniziativa di Ugo Mattei e Mauro Bussani, il *Draft Common Frame of Reference* ha ricevuto un forte impulso dalle istituzioni comunitarie[25]. Sebbene la strada in concreto intrapresa da Bruxelles sia

[23] C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich 2009, pp. 1-643; a questa edizione si è aggiunta quella munita di commento e di note, in ben sei volumi: C. von Bar, E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I-VI, Munich 2009.

[24] V. sul punto G. Alpa, G. Conte, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Rivista di diritto civile* 54 (2008), pp. 141-147; U. Perfetti, *Presentazione*, in G. Alpa, G. Iudica, U. Perfetti, P. Zatti (a cura di), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova 2009, p. xi.

[25] Cfr. *Code européen des contrats. Avant-projet* (coord. G. Gandolfi), I, Milano 2004, pp. 752; II.1 Milano, 2007, pp. 197; II.2, Milano 2008, pp. 847. Sul *Common Core of European Private Law Project* v. ora M. Bussani, M. Infantino, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino 2010, pp. 146-152 (con indicazioni bibliografiche). Sull'impulso delle istituzioni comunitarie nell'elaborazione del *DCFR*, cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 2; G. Alpa, G. Conte, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla*

ormai oggi quella di procedere all'armonizzazione del diritto privato dei paesi dell'Unione solo attraverso l'adozione di discipline settoriali – strada che ha recentemente portato, com'è noto, alla formulazione della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita (COM [2011] 635 def.)[26] – rimane a mio avviso intatto il valore del *Draft Common Frame of Reference* nella sua dimensione di significativa opera di riflessione e di sintesi condotta sugli elementi comuni che emergono dalla considerazione delle regole recepite dalle singole legislazioni nazionali.

---

revisione dell'acquis communautaire, cit., pp. 159-160; C. von Bar, *Key Policy Issues in turning the DCFR into an optional instrument*, in G. Alpa, G. Iudica (a cura di), *Draft Common Frame of Reference (DCFR), what for?*, Milano 2013, pp. 7-11.

[26] La Proposta è stata approvata, il 26 febbraio 2014, dal Parlamento europeo in prima lettura ed attende ora, secondo l'*iter* della procedura legislativa ordinaria disciplinato dall'art. 294 TFUE, l'esame da parte del Consiglio. Giova in questa sede ricordare solo brevemente le principali tappe del percorso che ha portato, dopo la pubblicazione del *Draft Common Frame of Reference*, alla formulazione della Proposta. La Commissione europea ha provveduto ad istituire un gruppo di esperti, con il compito di predisporre un Quadro comune di riferimento (*CFR*) nel settore del diritto europeo dei contratti, selezionando le parti corrispondenti del *DCFR* e perfezionandole, anche alla luce di ulteriori studi e dell'*acquis* dell'Unione. Il gruppo di esperti ha pubblicato uno studio di fattibilità, che consta di un ampio articolato in materia di diritto contrattuale, concernente in particolare la vendita. Il lavoro del gruppo di esperti, apparso anche in una seconda versione il 19 agosto del 2011, è stato in larga parte trasfuso nella Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita. L'istituzione del gruppo di esperti è stata inoltre seguita, il 1° luglio del 2010, dalla pubblicazione del Libro verde sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (COM [2010] 348 def.), al fine di consultare cittadini, organizzazioni e Stati membri su quale avrebbe dovuto essere la natura giuridica dello strumento di diritto europeo dei contratti. Le opzioni delineate dalla Commissione nel Libro verde spaziavano dalla semplice pubblicazione dei risultati del gruppo di esperti (opzione n. 1) all'adozione di un regolamento istitutivo di un codice civile europeo (opzione n. 7). In questo quadro, deve essere segnalata anche la posizione espressa dal Parlamento europeo con un'apposita risoluzione dell'8 giugno 2011, che ha auspicato l'adozione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale attraverso un regolamento. Sui più recenti sviluppi del diritto contrattuale europeo, cfr. C. Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 4 (2011), pp. 837-859; M. Meli, *Proposta di regolamento - Diritto comune europeo della vendita (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita I-COM(2011) 635 def.)*, in *NLCC* 35, 1 (2012), pp. 183-207; C. Castronovo, *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2 (2012), pp. 289-317; Id., *Codice civile e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 3 (2012), pp. 687-705; Id., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 4 (2013), pp. 905-926.

4. Il Draft fra tradizione romanistica e globalizzazione giuridica

Affrontiamo ora la questione di come si possa collocare questa nuova ipotesi di unificazione di ampi settori del diritto privato nel contesto della più che bimillenaria tradizione giuridica del continente europeo, al fine di valutare se si tratti di qualcosa di avulso e indipendente da essa oppure se si riprendano, più o meno consapevolmente, alcuni suoi filoni, pur tendendo a valorizzarne solo quegli aspetti ancora utili alle esigenze attuali[27].

Merita di essere ricordata la scelta effettuata in favore della soluzione di tipo codicistico in senso lato. Malgrado la profonda diversità del contesto storico ed economico-sociale rispetto a quello che ha dato vita alle codificazioni del XIX e della prima metà del XX secolo, è chiara la collocazione del *DCFR* nel loro solco in netta controtendenza agli orientamenti favorevoli ad una decodificazione del diritto privato[28].

Un'ulteriore annotazione concerne l'esistenza di una parte generale delle obbligazioni, comprendente una disciplina applicabile non solo a quelle nascenti da contratto, ma anche a quelle derivanti da illecito, da gestione di affari altrui e da arricchimento senza causa. Si opta così per l'unitarietà del concetto di obbligazione anche quando non sorga da un contratto e del relativo regime giuridico, con una decisa riaffermazione del modello romanistico (o di *Civil law*) rispetto a quello di *Common law*, che estromette, come è noto, la responsabilità extracontrattuale (il *Torts law*) dal diritto delle obbligazioni. Una tale scelta rispecchia, come è risaputo, la sistematica adottata dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 3,13,2), e, prima ancora, almeno nel suo nucleo centrale, da quelle di Gaio (Gai. 3,88), nonché dalle codificazioni europee del XIX e XX secolo[29].

Le ragioni che hanno indotto ad aderirvi non si riconducono certamente a motivi di ossequio formale alla tradizione, ma di mero vantaggio, sottolineato dalle parole degli stessi gruppi redattori, quando rilevano che ogni altra alternativa avrebbe comportato «una quantità inaccettabile di ripetizioni non necessarie»[30].

---

[27] Su questi interrogativi si sofferma A. Petrucci, *Introduzione. Il Progetto di "Quadro comune di riferimento" (DCFR)*, in *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, II, cit., pp. 23-27.

[28] In questo senso v. A. Petrucci, *Introduzione. Il Progetto di "Quadro comune di riferimento" (DCFR)*, cit., p. 24.

[29] Cfr. sul punto ancora A. Petrucci, *Introduzione. Il Progetto di "Quadro comune di riferimento" (DCFR)*, cit., p. 25.

[30] V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 11.

Restando sempre sul generale, si può cogliere anche la tendenza a concentrare il più possibile e ad ordinare sotto un numero limitato di criteri (nozione di danno giuridicamente rilevante, imputabilità, nesso causale, cause di giustificazione e rimedi) il regime delle obbligazioni per danni causati ad altri e della relativa responsabilità, con preferenza certamente per un modello più vicino alla tradizione romanistica, ruotante intorno alla *lex Aquilia*, piuttosto che per un modello caratterizzato da una casistica esasperata e frammentaria proprio del sistema dei *Torts* del *Common law*[31].

Rivestono poi particolare importanza alcune affermazioni esplicite compiute dai redattori del *DCFR* in sede di introduzione. Essi, infatti, dopo aver sottolineato l'autonomia rispetto al destino di un futuro Quadro comune di riferimento (*CFR*) del *Draft* in quanto "testo accademico", esprimono l'auspicio che si possa favorire, per suo tramite, la conoscenza del diritto privato europeo a livello sia di ordinamenti nazionali che di formazione ed educazione giuridica. In particolare, osservano gli autori, il *Draft* potrà aiutare a dimostrare quanto i diritti privati nazionali si assomiglino e quanto certamente questi diritti possano essere considerati come manifestazioni regionali di una sovrastante eredità comune europea[32].

Una tale funzione si ritiene rafforzata dalla pubblicazione anche di tutti i commenti e le note alle diverse regole-modello, dai quali dovrebbe emergere come solo in un numero relativamente piccolo di casi gli ordinamenti giuridici europei abbiano dato risposte del tutto differenti a problemi comuni. Già quindi i redattori si mostrano consapevoli dell'esistenza di una "eredità comune europea" sottostante ai vari diritti privati nazionali, tanto da spingerli a qualificare appunto questi ultimi come semplici varianti regionali di essa, facilitando così enormemente il compito di elaborazione di principi e regole uniformi[33].

Anche se si tace su quale sia detta eredità comune, quasi in ossequio ad una tendenza oggi purtroppo sempre più diffusa, non vi è dubbio che questa debba identificarsi con il complesso di principi e regole ereditati dal diritto romano e dalla successiva tradizione romanistica (o romano-canonica), che hanno rappresentato per secoli il *ius commune Europaeum*[34].

---

[31] Così A. Petrucci, *Introduzione. Il Progetto di "Quadro comune di riferimento" (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

[32] Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 4.

[33] Cfr. in specie A. Petrucci, *Introduzione. Il Progetto di "Quadro comune di riferimento" (DCFR)*, cit., pp. 26-27.

[34] Sul *ius commune* europeo v. ampiamente R. Zimmermann, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto e impresa / Europa* 14 (2009), pp. 101-143; Id., *Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe*, in *Towards a European Civil Code*, cit., pp. 27-53.

Il diritto romano-giustinianeo, nelle rielaborazioni offerte da glossatori e commentatori, è stato un tempo l'unico strumento che poteva essere conosciuto in tutta Europa e che poteva essere utilizzato in ogni parte del continente[35]. Fino al momento dell'emanazione dei codici moderni si realizzò in Europa uno straordinario fenomeno di sviluppo culturale unitario, grazie alla flessibilità ed alle capacità di adattamento dello *ius commune*[36]. Questo diritto ha permesso di superare le molteplici tradizioni locali che non erano in grado di rispondere alle esigenze di una società evolutasi verso un sistema di scambi molto più estesi e complessi[37].

Quando si parla di diritto romano si intende, come abbiamo già detto, il diritto romano elaborato ed adattato ai tempi da parte degli studiosi delle prime grandi Università europee[38]. Il diritto romano-comune si è formato come "diritto dei giuristi"[39]. Allo stesso modo sono proprio i giuristi, prima ancora che i legislatori, a stimolare e a progettare ora la creazione di un diritto privato europeo. In questo senso il ruolo dei giuristi dell'epoca potrebbe presentare alcuni parallelismi con il ruolo ricoperto dai giuristi di oggi che si adoperano per una moderna unificazione del diritto privato. In entrambi i casi la risposta alle mutate istanze della società non viene da organi statali, ma soprattutto dal lavoro degli studiosi e degli interpreti del diritto[40].

Parlare di un *ius commune Europaeum* al giorno d'oggi non significa peraltro augurarsi un utopico ritorno a passate esperienze. La storia crea le radici per nuovi sviluppi, ma non ripete mai se stessa. Il nuovo diritto europeo comune o uniforme non sarà né una seconda rinascita del diritto romano, né una tardiva recezione del *Civil law* da parte del *Common law* anglosassone. Significa, piuttosto, effettuare sforzi verso un reciproco avvicinamento, coordinamento e armonizzazione[41].

---

[35] Cfr. sul punto G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, 5ª ed., Padova 2010, p. 179.

[36] R. Zimmermann, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, cit., pp. 108-110.

[37] Così G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, cit., pp. 179-180.

[38] Sulla polisemia dell'espressione "diritto romano" cfr. ora G. Santucci, *Diritto romano e diritti europei. Continuità e discontinuità nelle figure giuridiche*, Bologna 2010, pp. 9-16.

[39] Cfr. sul punto L. Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Rivista critica del diritto privato* 10 (1992), p. 528 (= Id., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano 2011, p. 331).

[40] Per questa osservazione, v. G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, cit., p. 180 e nt. 31.

[41] In quest'ordine di idee v. M. Cappelletti, *Introduction*, in M. Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze 1978, pp. 4-5, *cui adde* G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, cit., p. 180, nt. 32.

In questa prospettiva, l'esperienza del *ius commune* deve costituire qualcosa in più di un semplice strumento di comprensione delle dinamiche in atto a livello europeo. Un intervento normativo che parta dall'alto, imponendo un codice, risulterebbe votato all'insuccesso, o comunque destinato ad incontrare maggiori difficoltà senza la riscoperta dell'esistenza di un'eredità giuridica comune e la progressiva affermazione della capacità degli operatori di dialogare e di confrontarsi[42].

Presupposto per l'armonizzazione o l'unificazione giuridica è anche la creazione (o, meglio, la riscoperta) di una cultura giuridica comune. Il recupero e la valorizzazione della tradizione storica è condizione imprescindibile per la formazione del giurista globale e l'effettivo superamento delle barriere nazionali e degli ostacoli che si frappongono all'armonizzazione del diritto privato[43].

Il fenomeno della globalizzazione impone di affrontare il problema della disciplina da offrire a rapporti giuridici che si dipanano ormai sempre più spesso tra continenti diversi, a livello mondiale. La formazione dell'operatore del diritto dovrà essere idonea a consentire il confronto con realtà diverse da quella nazionale e tale confronto potrà realizzarsi solo attraverso un approccio improntato ad una piena coscienza storica. Proprio da quest'ultimo angolo di visuale l'approccio che caratterizza il *Draft Common Frame of Reference* si presenta piuttosto carente: le note e i commenti che lo accompagnano trascurano (come del resto già era accaduto con le note e i commenti che accompagnavano i *Principles of European Contract Law* elaborati dalla Commissione Lando) di prendere in considerazione le radici delle regole enunciate.

È invece del tutto auspicabile che in futuro, grazie all'apporto degli storici del diritto, si possa assistere ad una più decisa valorizzazione degli strumenti offerti dalla comparazione in chiave diacronica[44]. Lo studio dei fondamenti

---

[42] V. sul punto G. Benacchio, *Diritto privato della Unione europea. Fonti, modelli, regole*, cit., pp. 180-181, nt. 32.

[43] Manifesta tuttavia un certo scetticismo sul ruolo della romanistica nel dibattito scientifico relativo al diritto privato europeo S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino 2012, pp. 4-6. L'autore conclude osservando: «il *mainstream* dell'innovazione giuridica europea non è certo rappresentato dal diritto romano ma dal modo in cui i diversi sistemi nazionali stanno reagendo all'impatto del diritto di fonte comunitaria». Per una diversa impostazione, cfr. tuttavia le osservazioni di L. Vacca, *Interpretazione e scientia iuris. Problemi storici e attuali*, in *Europa e diritto privato*, 3 (2011), pp. 661-679; Ead., *Storia, comparazione e scienza giuridica*, in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, *ricordando G. Criscuoli*, Torino 2013, pp. 3-5. Più in generale, per un'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale sull'orientamento storico-comparatistico nella romanistica contemporanea cfr. L. Garofalo, *Diritto romano e scienza del diritto*, in L. Vacca (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, Padova 2008, *praecipue* pp. 297-329.

[44] Si muove senz'altro in questa direzione il recente volume F. J. Andrés Santos, C. Baldus, H. Dedek

delle varie *regulae iuris* potrà portare ad una più ampia comprensione della fenomenologia normativa. Merita di essere segnalata a tale ultimo proposito la recente esperienza cinese[45]. Com'è noto, l'opzione per il modello romanistico risale in Cina già al 1911, quando venne pubblicato un progetto di codice civile che, tuttavia, non entrò mai in vigore, e venne confermata con la promulgazione del codice del 1931 (tuttora vigente a Taiwan)[46]. L'opzione per il modello codificato di *Civil law* si rese necessaria per rispondere alle esigenze di certezza e conoscibilità del diritto[47]. La vicinanza geografica con il Giappone, che aveva già adottato il modello tedesco, determinò che anche la codificazione cinese fosse ispirata al BGB[48]. La fondazione della Repubblica popolare cinese determinò però l'abrogazione del codice del 1931[49]. Con la definitiva crisi del sistema di economia pianificata si è avviata negli ultimi anni una nuova fase di recezione del diritto romano in Cina[50]. La recezione questa volta non avviene in modo acritico, attraverso l'adozione di un modello già codificato, ma attraverso l'attività di ricerca condotta dai giuristi cinesi direttamente sulle fonti giuridiche romane[51].

(hrsg.), *Vertragstypen in Europa. Historische Entwicklung und europäische Perspektiven*, München 2011. Sulla valorizzazione della prospettiva storica come strumento per una migliore comprensione delle legislazioni nazionali e del dibattito *de iure condendo* che si sta svolgendo in ambito europeo, cfr. anche le osservazioni contenute nella recensione di M. Trimarchi, in *Europa e diritto privato*, 1 (2013), pp. 299-303.

[45] Per un quadro d'insieme sull'esperienza giuridica cinese, anche in prospettiva storica cfr. ora M. Timoteo, v. *Cina*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, V, Torino 2010, pp. 181-238; L. Moccia, *Sguardo storico-comparativo sul 'diritto' in Cina*, in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino 2011, pp. 28-56.

[46] Sull'adozione del modello romanistico in Cina v. ampiamente S. Schipani, *Il diritto romano in Cina*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 5 (1998), pp. 233-234; Id., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 1999, pp. 71-74, *cui adde* ora M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano 2010, *praecipue* pp. 67 e 77-79.

[47] Sul punto v. da ultima C. Ciotola, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, in B. Coccia (a cura di), *Il mondo classico nell'immaginario contemporaneo*, Roma 2008, pp. 64-65.

[48] Sul diritto civile giapponese cfr. A. Ortolani, v. *Giappone*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, VI, Torino 2011, pp. 438-442.

[49] Cfr. sul punto M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, cit., pp. 104-105.

[50] Sul passaggio dal sistema di economia pianificata ad un moderno mercato socialista, avvenuto grazie all'opera di Deng Xiaoping, v. L. Dong, *Cina*, in A. Diurni (a cura di), *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Milano 2008, p. 100.

[51] Cfr. sul punto S. Schipani, *Il diritto romano in Cina*, cit., pp. 238-239; Id., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., pp. 76-77, che evidenzia come in Cina sia molto avvertita l'esigenza di disporre

L'esperienza cinese conferma la grande vitalità della tradizione romanistica e dimostra come un approccio al fenomeno giuridico improntato a una piena coscienza storica possa risultare di qualche utilità anche per risolvere le nuove sfide presentate dalla globalizzazione[52].

5. Interferenze nell'avveramento della condizione

Per documentare quanto appena detto, mi limiterò ad affrontare esemplificativamente una questione particolare (quella delle interferenze nell'avveramento della condizione), prendendo le mosse proprio dalla disciplina recentemente proposta dal *Draft Common Frame of Reference*.

a) *La regola*

> Diritti e obbligazioni condizionali (*Conditional rights and obligations*): art. III. – 1:106 (4): *When a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the obligation to co-operate, interferes with events so as to bring about the fulfilment or non-fulfilment of a condition to that party's advantage, the other party may treat the condition as not having been fulfilled or as having been fulfilled as the case may be* [Quando una parte, in contrasto con i doveri di buona fede e di correttezza o con l'obbligo di cooperazione, interferisce negli eventi così da determinare l'avveramento o il non avveramento di una condizione a proprio favore, l'altra può comportarsi, a seconda delle circostanze, come se la condizione non si fosse avverata o si fosse avverata].

Il paragrafo (4) dell'art. III. - 1:106 del *Draft*, enunciando una regola già prevista nei *Principles* elaborati dalla Commissione Lando, prevede che quando chi aveva interesse al non avveramento della condizione (o, al contrario, al suo avveramento) ne abbia impedito l'avverarsi (o, al contrario, ne abbia determinato

---

di traduzioni delle fonti giuridiche romane e dei principali lavori scientifici su di esse. Sul processo di recezione della tradizione romanistica in Cina, tuttora in corso e non privo di connotazioni originali, v. anche C. Ciotola, *La presenza del diritto romano negli ordinamenti giuridici attuali*, cit., pp. 66-68.

[52] A tale ultimo proposito mi sembra significativo ricordare quanto osserva L. Zhang, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano 2007, pp. xvii-xix e pp. 16-21, secondo cui lo studio esegetico delle fonti giuridiche romane può essere utile al perseguimento dell'obiettivo della modernizzazione del diritto contrattuale cinese odierno.

l'avveramento), la condizione si deve considerare, a seconda dei casi, egualmente avverata o non avverata[53].

Viene quindi in questi termini sanzionato il comportamento di chi, contro buona fede o comunque in violazione dei doveri di correttezza e cooperazione gravanti sulle parti contraenti (cfr. artt. III. - 1:103 e 1:104 *DCFR*), interferisca con il proprio comportamento con l'avveramento o il non avveramento della condizione[54].

b) *I referenti normativi*

La regola, che si applica sia alle condizioni sospensive che a quelle risolutive, ha ampio riscontro nel diritto positivo dei paesi di *Civil law* e trova il suo più diretto e compiuto referente normativo nel § 162 del BGB, nel quale l'avveramento fittizio (o il non avveramento) della condizione viene previsto nel caso in cui il comportamento di chi avrebbe avuto interesse che la condizione non si avverasse (o altrimenti si avverasse) possa essere appunto considerato come tenuto in violazione dei precetti di buona fede e di correttezza (*Treu und Glauben*)[55]:

---

[53] Cfr. Pecl, art. 16:102: (*Interference with Conditions*). (1) *If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfiment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled.* (2) *If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment operates to that party's advantage, the condition is deemed not to be fulfilled* [(Interferenza nell'avveramento della condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento avrebbe operato a svantaggio di detta parte, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione sia provocato dal comportamento di una parte contrario ai doveri di buona fede e di correttezza o di cooperazione e se l'avveramento operi a favore di detta parte, la condizione si considera non avverata].

[54] Il riferimento a quanto previsto in tema di buona fede e correttezza e di obbligo di cooperazione era già esplicito nella precedente scrittura della norma (il richiamo era, come è noto, agli artt. 1:201 e 1:202 dei *Principles*). Ora il riferimento è ulteriormente reso evidente dalla contiguità delle disposizioni nella redazione del *Draft*: sul punto, con riguardo specifico agli artt. III. – 1:103 e 1:104, v. A. Petrucci, *Buona fede e correttezza*, in G. Luchetti, A. Petrucci (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna 2010, in specie p. 41 e ss.

[55] Va notato che la scelta del legislatore tedesco unitario aveva un precedente nell'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, che a sua volta prevedeva sia la finzione di avveramento (con riferimento alla condizione sospensiva, cfr. 1, 4, §§ 104-106), sia quella di non avveramento (con riferimento alla condizione risolutiva, cfr. 1, 4, §§ 117 e 119). Ciò tuttavia, a differenza del § 162 del BGB, avveniva senza alcun riferimento specifico ai precetti della buona fede e della correttezza. Al proposito è qui appena il caso di sottolineare che il BGB contiene nel § 242 un'esplicita ed ampia

BGB § 162: (*Verhinderung oder Herbeiführung des Bedingungseintritts*). (1) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.* (2) *Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt* [(Ingerenze inammissibili sulla condizione). (1) Se l'avveramento di una condizione è impedito, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte a cui detrimento esso risulterebbe, la condizione si considera avverata. (2) Se l'avveramento di una condizione è provocato, in contrasto con la buona fede e la correttezza, dalla parte al cui vantaggio esso risulta, l'avveramento si reputa come non avvenuto].

Che il comportamento di chi abbia impedito l'avveramento della condizione o l'abbia provocato debba essere valutato alla stregua della buona fede è esplicitamente ripetuto, tra gli altri, nel Codice civile portoghese (art. 275 [2]) nonché nel Codice della Repubblica federativa russa (art. 157 [3])[56]. In Brasile, per fare un ulteriore

previsione del principio di buona fede e correttezza, espresso appunto nell'endiadi *Treu und Glauben*, sul punto v. ancora A. Petrucci, *Buona fede e correttezza*, cit., in specie pp. 51 e ss. In dottrina, quanto al riferimento alla buona fede contenuto in alcuni codici moderni e particolarmente nel BGB, v., tra gli altri, in specie R. Knütel, *Zur sogenannten Erfüllungs- und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung*, in *Juristische Blätter* 98 (1976), pp. 613 e ss. e 616 e ss., che sottolinea come tale riferimento, lungi dal voler limitare la portata della regola, intendesse al contrario enfatizzarne l'ampio raggio di applicazione. Sul punto cfr. anche l'ulteriore letteratura indicata da R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 746 nt. 201, e, in precedenza, in particolare A.B. Schwartz, *Bedingung*, in F. Schlegelberger (hrsg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, II, Berlin 1929, p. 414 e ss.

[56] Codice civile portoghese, art. 275 (2): (*Verificação e não verificação da condição*). *Se a verificaçao da condiçao for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se come não verificada* [(Avveramento e non avveramento della condizione). Se l'avveramento della condizione sia impedito, contro le regole della buona fede, da chi ne ha pregiudizio, <la condizione> si considera come avverata; se il suo avveramento fu provocato, negli stessi termini, da chi ne ha vantaggio, si considera come non avverata]. Codice civile della Repubblica federativa russa, art. 157 (3): *If the ensuing of the condition is obstructed by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is disadvantageous, the condition shall be deemed to have ensued. If the ensuing of the condition is facilitated by a party not in good faith for whom the ensuing of the condition is advantageous, the condition shall be deemed not to have ensued* [Se l'avveramento della condizione è impedito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è svantaggioso, la condizione si considererà come avverata. Se l'avveramento della condizione è favorito non in buona fede da una parte per la quale l'avveramento della condizione è vantaggioso, la condizione si considererà come non avverata]. Nello stesso senso, per quanto riguarda la legislazione dei Paesi aderenti all'Unione europea, v. anche, recentemente, l'art. 59 (4) dell'Obligacijski zakonik sloveno e il § 104 del Tsiviilseadustiku üldosa

esempio, la disposizione era inserita già nella sua duplice formulazione nell'art. 120 del Código civil brasiliano del 1916. La soluzione accolta da Clóvis Beviláqua è poi stata recepita, pressoché alla lettera, dall'art. 129 del nuovo codice civile:

> Código civil brasileiro, art. 129: *Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento* [Si reputa verificata, quanto agli effetti giuridici, la condizione il cui avveramento sia stato dolosamente impedito dalla parte che ne avrebbe avuto svantaggio, considerandosi al contrario non avverata la condizione dolosamente condotta ad effetto da parte di colui che trae vantaggio dal suo avveramento].

A ciò si deve aggiungere che la regola trova ulteriore conferma nel Nederlands Burgerlijk Wetboek (art. 6.23), in cui pure, con una sfumatura diversa, non viene parametrata al dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza (o altresì, come avviene nel *Draft*, anche agli obblighi di cooperazione gravanti sulle parti contraenti), ma rinviando ad una valutazione della questione secondo ragionevolezza ed equità (*redelijkheid en billijkheid*)[57]:

> NBW, art. 6.23: (1) *Wanneer de partij die bij de niet-vervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.* (2) *Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien*

seadus estone, nonché in precedenza, in senso analogo, anche il § 36 (3) e (4) dei Codici civili ceco (ora non più vigente) e slovacco e l'art. 93 del Codice civile polacco. Un divieto di interferenza è presente anche nel § 5:91 del nuovo Codice civile ungherese.

[57] A tale locuzione tenta di conferire contenuto concreto l'art. 3.12 dello stesso NBW, richiamandosi ai principi generali del diritto generalmente riconosciuti, alle concezioni giuridiche correnti in Olanda e agli specifici interessi personali e sociali del caso concreto: *Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken* [Nel determinare ciò che richiedono la ragionevolezza e l'equità, si deve tenere conto dei principi di diritto generalmente riconosciuti, delle concezioni giuridiche correnti nei Paesi Bassi così come degli interessi sociali e personali in causa]. Si può aggiungere che il concetto espresso nell'endiadi *redelijkheid en billijkheid* – e più volte ricorrente nel Codice olandese (cfr. anche artt. 6.2 e 6.248) – va considerato nella sostanza equivalente a quello di buona fede e correttezza: sul punto v. A. Petrucci, *Principio di ragionevolezza*, in *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, cit., in specie pp. 60-61.

redelijkheid en billijkheid dit verlangen [(1) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato impedito dalla parte che aveva interesse al suo non avveramento. (2) Se la ragionevolezza e l'equità lo richiedono, la condizione si considera come non avverata rispetto all'evento il cui avverarsi sia stato determinato dalla parte che aveva interesse al suo avveramento].

Se, nei termini accennati, alcuni ordinamenti di *Civil law* tendono dunque a focalizzare la propria attenzione sulla valutazione delle modalità che hanno portato al non avveramento o all'avveramento della condizione, va altresì notato che altrove (e più precisamente nel Code civil e nei codici di derivazione francese) la regola viene piuttosto enunciata senza alcun riferimento a tali modalità e soprattutto non nella forma duplice enunciata anche nel *Draft*, ma esclusivamente nella sua prima parte, consistente, come abbiamo visto, nel considerare avverata la condizione di cui sia stato appunto impedito l'avverarsi da parte di chi ne aveva contrario interesse. In questo senso deve essere ricordata la previsione del Code civil, art. 1178:

Code civil, art. 1178: *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement* [La condizione si ritiene avverata quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne abbia impedito l'avveramento].

La disposizione ritorna quasi testualmente nel Codice civile spagnolo (art. 1119), nonché in quello italiano del 1942 (art. 1359), in cui pure si precisa esplicitamente che la condizione si debba avere per avverata quando il non avveramento sia dovuto a "causa imputabile" alla parte che aveva interesse a che non si avverasse[58]:

Código civil, art. 1119: *Se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento* [La condizione si avrà per avverata quando l'obbligato impedisca volontariamente il suo avveramento].

[58] Su altro piano, ed in una dimensione essenzialmente storica, dal Code civil francese dipendono i codici preunitari italiani (cfr. Codice pel Regno delle due Sicilie, art. 1131: *La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*: Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, art. 1152: *La condizione si ritiene per avverata, quando il debitore obbligato sotto la stessa condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*; Codice civile Albertino, art. 1269: *La condizione si riguarda come adempita, quando il debitore obbligato sotto condizione sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento*), nonché l'art. 1169 del Codice civile del 1865: *La condizione si ha per adempita, quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento*.

Codice civile, art. 1359: *La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.*

All'ambito di operatività di quest'ultima previsione sono riconducibili sia le condizioni sospensive che quelle risolutive. Peraltro la norma dell'art. 1359, secondo l'interpretazione della Cassazione, ha carattere eccezionale e non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica. Secondo la Suprema Corte la condizione non può pertanto ritenersi non avverata nell'opposta ipotesi in cui il suo avveramento sia riconducibile al fatto imputabile alla parte che ne aveva interesse[59].

Si può auspicare che, anche in relazione alla previsione dell'art. III. - 1:106 (4) del *Draft*, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in Italia si adegui, nell'interpretazione dell'art. 1359, alle scelte normative già compiute, tra gli altri, dal legislatore tedesco e olandese e sostanzialmente seguite ormai da larga parte delle più recenti legislazioni europee[60].

La doppia formulazione era del resto prospettata, in Francia, già nell'art. 1177 dell'Avant-projet de réforme du droit des obligations, ripreso ora, pressoché letteralmente, nell'art. 120 del Projet de réforme du droit des contrats del 2008:

Art. 120: *La condition est réputée accomplie si celui qui avait intérêt à sa défaillance en a empêché l'accomplissement. Elle est réputée non réalisée si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt* [La condizione si considera avverata se colui che aveva interesse contrario all'avveramento l'ha impedito. Si reputa non avverata se il suo avveramento è stato provocato dalla parte che vi aveva interesse].

Dipende invece dall'attuale dettato dell'art. 1178 del Code civil il Code civil del Québec nel suo art. 1503:

[59] Cfr. Cass., II sez., 16 dicembre 1991, n. 13519, *Giurisprudenza civile*, 1992, I, p. 3095 e ss., con nota critica sul punto di G. Coppi, in specie pp. 3098-3099. Nel senso che la previsione contenuta nell'art. 1359 del Codice civile italiano abbia carattere eccezionale e che, pertanto, non sia suscettibile di interpretazione analogica, in forza di quanto disposto dall'art. 14 disp. prel., v. anche Cass., I sez., 22 aprile 2003, n. 6423, Cass., sez. lav., 8 novembre 2004, n. 21253, Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450.

[60] Del resto sul punto, per l'opinione che la norma dell'art. 1359 non sia di natura eccezionale, ma sia invece coerente rispetto al principio generale «secondo il quale l'autore dell'illecito non può trarre da questo effetti giuridici favorevoli», cfr. in particolare C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, 2ª ed., Milano 2000, p. 556.

Code civil du Québec, art. 1503: *L'obligation conditionnelle a tout son effet lorsque le débiteur obligé sous telle condition en empêche l'accomplissement* [L'obbligazione condizionale ha il suo pieno effetto quando il debitore, obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento].

Si può ancora aggiungere che le regole in questione trovano altresì applicazione nel Codice civile greco (art. 207) e nel diritto austriaco (sia pure in via giurisprudenziale in assenza di una norma specifica nell'ABGB).

Quanto ai sistemi di *Common law* va ricordato che nel diritto scozzese l'avveramento (o il non avveramento) *ex lege* della condizione è previsto qualora sia stata assunta al proposito una specifica obbligazione di non interferenza. L'obbligazione di non interferenza è invece ritenuta implicita nel diritto inglese, che tuttavia non prevede l'avveramento "automatico" della condizione. Altrettanto avviene per il diritto irlandese, ove le corti giudicanti intervengono però solo in presenza dell'assunzione di una specifica obbligazione contrattuale[61].

c) *Le radici romanistiche*

La regola trova corrispondenza nel diritto romano nella parte che riguarda l'avveramento della condizione di cui sia stato impedito l'avverarsi ad opera di chi ne aveva contrario interesse[62]. L'adempimento fittizio della condizione, forse originariamente previsto in materia di manomissioni, nonché, in genere, di disposizioni testamentarie[63], venne esteso, già in epoca imperiale, ai negozi *inter vivos* e in particolare alla

[61] Cfr. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, I, cit., p. 697.

[62] Sul punto, nella letteratura romanistica, cfr., per un quadro della questione, in specie, D. Daube, *Condition Prevented from Materializing*, in *TR* 28 (1960), pp. 271 e ss., nonché A. Masi, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano 1966, pp. 211 e ss.

[63] Quanto alle manomissioni testamentarie cfr. in specie la testimonianza di Ep. Ulp. 2,5: *Si per heredem factum sit, quo minus statu liber condicioni pareat, proinde fit liber, atque si condicio expleta fuisset* [Se è dipeso dall'erede che lo statulibero non adempia la condizione, egli diventa libero come se la condizione fosse stata adempiuta]. Peraltro altre fonti documentano la regola con specifico riferimento alle disposizioni *mortis causa* sottoposte alla condizione di matrimonio, cfr. in specie D. 28,7,23 (Marc. 12 *dig*): *'Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante heres esto'. aut nubit alteri aut non vult nubere. consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. si neuter eam duxerit uxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes aequales admittuntur: plerumque enim haec condicio: 'si uxorem duxerit', 'si dederit', 'si fecerit' ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat,*

stipulazione e alla compravendita[64]. Di questo sviluppo danno in particolare conto un passo giulianeo dei *digesta* (con particolare riferimento alla *stipulatio*) e un testo di Ulpiano in cui tra l'altro (con riguardo stavolta alla compravendita), nell'evidente evoluzione di pensiero tra l'antica opinione di Labeone e quella del giurista severiano, si coglie, proprio sotto questo profilo, il punto d'approdo della giurisprudenza classica. Si tratta, rispettivamente, di D. 35,1,24 (Iul. 55 *dig*) e D. 18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*)[65]:

D. 35,1,24 (Iul. 55 *dig*): *Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem <non> impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret* [È norma certa

det aut faciat ['Quello dei miei due fratelli che avrà sposato nostra cugina sia erede per tre quarti, quello che non la avrà sposata per un quarto'. O si sposa con un altro o non vuole sposarsi. Colui che tra loro sposò la cugina avrà i tre quarti, all'altro andrà il quarto. Se nessuno dei due l'abbia sposata, non perché non l'abbiano voluta sposare, ma perché quella non li abbia voluti sposare, entrambi sono ammessi all'eredità in parti uguali; per lo più queste condizioni 'se si sarà sposato', 'se avrà dato', 'se avrà fatto' devono intendersi nel senso che non dipenda da lui il non essersi sposato, il dare o il fare]. Sul punto v. anche C. 6,25,1 (Sev. et Anton., a. 199): *Cum avum maternum ea condicione filiam tuam heredem instituisse proponas, si Anthylli filio nupsisset, non prius eam heredem existere, quam condicioni paruerit aut Anthylli filio recusante matrimonium impeditum fuerit, manifestum est* [In quanto riferisci che l'avo materno ha istituito erede tua figlia a condizione che abbia sposato il figlio di Antillio, è certo che ella non sarà erede prima che si sia avverata la condizione o che il matrimonio sia stato impedito dal rifiuto del figlio di Antillio]; C. 6,45,1 (Anton., a. 211): *In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro condicione observatur. sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quominus id quod tibi relictum est retineas, non oberit* [Certamente nei legati e nei fedecommessi si deve considerare come condizione anche l'onere imposto. Ma se non dipende da te di non conformarti alla volontà del testatore, ma da colui che ti è stato ordinato di sposare, ciò non ti impedirà di trattenere quanto ti è stato lasciato].

[64] Sul punto, v. da ultimo S. Di Salvo, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in *BIDR* 105 (2011), pp. 135-143.

[65] Con particolare riferimento al pensiero labeoniano in materia di *mora creditoris*, cfr. S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in *AUPA* 29 (1962), pp. 218-219; più di recente, v. E. Quintana Orive, *Observaciones sobre el depósito de la cosa debida en caso de mora creditoris*, in *RIDA* 3ᵉ série 46 (1999), pp. 431-432. Per la puntuale esegesi di D. 18,1,50, cfr. ampiamente R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37 (1983), pp. 108-114. Sulla fattispecie presa in considerazione e sulle teorie contrattualistiche di Labeone, cfr. anche A. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone e Ulpiano*, Napoli 1971, *praecipue* pp. 99-100; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985), pp. 21 e 58; F. Gallo, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI* 55 (1989), p. 154; Id., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino 1992, pp. 192-195.

di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola i più la hanno applicata ai legati e alle istituzioni d'erede. A questi esempi alcuni hanno correttamente reputato di aggiungere anche le stipulazioni, quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].

D. 18,1,50 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur* [Labeone scrive che non si debba dubitare che si possa agire con un'*actio praescriptis verbis* qualora tu mi abbia venduto una biblioteca a condizione che i decurioni campani mi avessero venduto un luogo in cui sistemarla e dipenda da me il non averlo ottenuto dagli stessi decurioni campani. Io ritengo che si possa agire in virtù della compravendita come se si fosse avverata la condizione, dal momento che dipende dal compratore che non si sia avverata].

La regola è del resto già enunciata come tale nell'ultima giurisprudenza dall'epoca del Principato, come ben risulta documentato da due passi di Paolo riprodotti in D. 45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*) e in D. 35,1,81,1 (Paul 21 *quaest.*) che bene ne sintetizzano la portata:

D. 45,1,85,7 (Paul. 75 *ad ed.*): *Quicumque sub condicione obligatus curaverit, ne condicio exsisteret, nihilo minus obligatur* [Chiunque, obbligato sotto condizione, si sia adoperato perché la condizione non si avverasse, risulta ugualmente obbligato].

D. 35, 1, 81, 1 (Paul. 21 *quaest.*): *Tunc demum pro impleta habetur condicio, cum per eum stat, qui, si impleta esset, debiturus erat* [Allora la condizione deve effettivamente considerarsi avverata, quando sia in potere di colui che, se si fosse avverata, sarebbe stato debitore].

Il processo di generalizzazione matura definitivamente nel diritto giustinianeo. Non a caso i compilatori inseriscono infatti proprio nel titolo 50,17 "*de diversis regulis iuris antiqui*" del Digesto[66] un frammento di Ulpiano che curiosamente ri-

[66] Sulla compilazione e sulla funzione di D. 50,17 *"de diversis regulis iuris antiqui"*, v. in particolare A. Soubie, *Recherches sur les origines des rubriques du Digeste*, Tarbes 1960, pp. 163-165 e P. Stein, *Regulae* iuris. *From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966, pp. 114-123.

produce testualmente, salvo minime varianti, il già ricordato passo di Giuliano conservato in D. 35,1,24[67]:

> D. 50,17,161 (Ulp. 77 *ad ed.*): *In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret* [È norma certa di diritto civile che, ogniqualvolta colui che abbia interesse al non avveramento della condizione si adoperi perché non si avveri, la condizione si consideri come se si fosse avverata: questa regola è stata applicata alle libertà, ai legati e alle istituzioni d'erede, esempi ai quali si aggiungono anche le stipulazioni quando il promittente si sia adoperato in modo che lo stipulante non si conformasse alla condizione].

A questo quadro, già ampiamente definito, si adegua successivamente il diritto intermedio. Particolarmente interessante in proposito, e per questo degna di essere esplicitamente ricordata, appare essere la chiara posizione assunta da Bartolo a commento di D. 35,1,24:

> Bartoli de Saxoferrato *Secunda super Infortiato*…, [Lugduni], 1533, f. 121 va, ad l. *Iure civili* (D. 35,1,24): *Si per gravatum impeditur implementum conditionis pro impleta habetur tam in ultimis voluntatibus quam in contractibus*… [Se dall'obbligato è impedito l'avveramento della condizione la si ha per avverata tanto nelle disposizioni di ultima volontà quanto nei contratti…].

---

[67] Entrambi i frammenti sono escerpiti da contesti in cui si trattava della *cautio vadimonium sisti*. Sul punto, v. in specie P. Voci, *La responsabilità del debitore da stipulatio poenae*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano 1971, p. 331. Ulteriori casi in cui Ulpiano sembra far propria testualmente la posizione in precedenza assunta da Giuliano, senza citarlo espressamente, si possono riscontrare in D. 46,1,16,3 (Iul. 53 *dig.*) e D. 44,7,10 (Ulp. 47 *ad Sab.*). Su questi brani, v. le osservazioni di L. di Cintio, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli 2009, p. 204 e ss. Sul rapporto tra i libri di Ulpiano *ad Sabinum* e i Digesta di Giuliano, v. già P. de Francisci, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustinianea durante la compilazione delle Pandette*, in *BIDR* 22 (1910), pp. 160 ss. e nt. 2, *cui adde* ora le considerazioni di E. Stolfi, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le sententiae prudentium nella scrittura di Papiniano, Paolo, Ulpiano*, in *RDR*, 1 (2001), pp. 346-347 nt. 7; per i ragguagli bibliografici essenziali sul tema dei testi gemini nel Digesto, si rinvia inoltre a M. J. García Garrido, *Redacciones coincidentes (leges geminatae) y casos jurisprudenciales semejantes (capita similia)*, in *Estudios de derecho romano en honor de Alvaro d'Ors*, I, Pamplona 1987, *praecipue* pp. 517-521.

La regola in questione viene ripresa infine, nella sua formulazione generale, dai più eminenti giuristi francesi tra il XVI e il XVIII secolo ed in particolare prima da Doneau e poi da Pothier:

> R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Oeuvres*, I, Bruxelles, 1831, p. 56, n. 212: *C'est une règle commune à toutes les conditions des obligations, qu'elles doivent passer pour accomplies, lorsque le débiteur, qui s'est obligé sous cette condition, en a empêché l'accomplissement…* [Una regola comune a tutte le condizioni apposte alle obbligazioni è che esse si devono ritenere per avverate quando il debitore, che è obbligato sotto condizione, ne ha impedito l'avveramento…].

Soprattutto per tramite di quest'ultimo, la finzione di avveramento della condizione passerà nel *Code Napoléon* e da lì, come sappiamo, nei moderni ordinamenti di *Civil law*[68]. Si chiude così un cerchio che dal Code civil riporta a ritroso all'elaborazione della scienza giuridica romana dell'epoca del Principato, vivificata e trasmessa ai posteri attraverso il Digesto. Quella che era una soluzione originariamente sorta nell'ambito dell'indagine casistica condotta dai giuristi è diventata regola nell'opera compilatoria giustinianea, poi da lì definitivamente cristallizzandosi nelle codificazioni moderne e contemporanee a partire da quella francese del 1804.

d) *Conclusioni*

Si può dunque concludere col dire che la regola, già ampiamente enunciata nelle fonti romane (e in esse stesse, per molti aspetti, già generalizzata), trovò poi la sua piena espressione in termini di astrattezza nel Code civil francese (art. 1178) e venne successivamente razionalizzata nel BGB (§ 162). In tale ultimo contesto, oltre all'individuazione del parametro della buona fede e della correttezza al fine della valutazione delle interferenze delle parti nell'avveramento della condizione,

[68] Sull'opera di Rober Joseph Pothier nel quadro della tradizione romanistica, cfr. ora L. Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, II, *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, II, Torino 2010, pp. 60-64, nonché J. M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa. Von Justinian zum BGB*, Wien 2012, pp. 256-262. Per la forte influenza esercitata sulla codificazione napoleonica, v. da ultimo anche G. Hamza, *Origine e sviluppo degli ordinamenti giusprivatistici moderni in base alla tradizione del diritto romano*, Santiago de Compostela 2013, p. 274.

venne anche formulata esplicitamente una disposizione corrispondente a quella dell'art. III. - 1:106 (4) del *Draft*, con riferimento alla previsione speculare, rispetto a quella prevista delle fonti romane e recepita nella codificazione napoleonica, del non avveramento fittizio della condizione il cui avveramento fosse stato determinato dal comportamento, appunto contro buona fede di chi ne aveva interesse. Tale previsione speculare tende sempre più ad affermarsi nelle moderne codificazioni, come testimonia anche la sua recente recezione in Francia nell'art. 120 del Projet de réforme du droit des contrats del 2008.

Dalle osservazioni che precedono emerge in tutta evidenza come le regole recepite dalle moderne codificazioni non rappresentino altro che il prodotto finale di una lunga e travagliata evoluzione storica, che ha sempre visto nel diritto romano – e nella tradizione di studi che da esso ha tratto linfa vitale – un termine di confronto e un modello di riferimento imprescindibile, persino ogniqualvolta le nuove istanze provenienti dai radicali mutamenti della realtà economico-sociale intervenuti nel corso dei secoli hanno imposto l'adozione di soluzioni normative in tutto o in parte diverse.

Ritornando, così, al rapporto tra tradizione romanistica e globalizzazione, ritengo che conservino ancora grande attualità e possano costituire argomento di riflessione anche per il giurista che ambisca al confronto e al dialogo con esperienze diverse da quella nazionale le, ormai celebri, parole scritte da Augusto Teixeira de Freitas nella *Carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros*, pubblicata il 22 ottobre del 1857 nel *Correio Mercantil* di Rio de Janeiro: «*E demais, não me podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito. Observai que ele é um direito vivo… e ponto de partida de tudo quanto se tem escrito, e se tem de escrever em matéria de jurisprudência*»[69].

[69] Cfr. J. C. Moreira Alves, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in S. Schipani (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas. Roma 12/14 dicembre 1983*, Padova 1988, p. 20.

Gli orizzonti della democrazia: l'esperienza romana tra *res publica* e principato*

1. I fattori che determinarono la crisi della Repubblica

Non è certo questa la sede per dare conto in modo puntuale degli avvenimenti storici che, negli ultimi due secoli della Repubblica, prepararono l'avvento del Principato[1]. Lo scopo di questo contributo è, piuttosto, quello di offrire al lettore solo alcuni spunti di riflessione, nell'ambito del dialogo e del confronto a più voci che la pubblicazione del presente volume, con lo sguardo rivolto all'attualità, intende assai opportunamente promuovere.

L'epoca repubblicana viene ricordata dalle fonti come l'età consacrata alla *libertas* e alla *pietas*[2]. Le guerre civili che iniziarono alla fine del II sec. a.C. costitu-

---

* Pubblicato in AA.VV., *Quale futuro dopo la democrazia*, a cura di A. Zanotti, Bologna, 2017, pp. 11-37.

[1] Per un puntuale resoconto degli avvenimenti di quegli anni, si vedano i contributi raccolti con approccio utilmente interdisciplinare in *Storia di Roma*, II.1, *L'impero mediterraneo. La Repubblica imperiale*, direzione di A. Schiavone, a cura di G. Clemente, F. Coarelli, E. Gabba, Torino, 1990, in particolare pp. 671 e ss.; punto di riferimento fondamentale è, inoltre, *The Cambridge Ancient History*, IX, *The Last Age of the Roman Republic*, *146-43 B.C.*, edited by J.A. Crook, A. Lintott, E. Rawson, Cambridge, 1994, pp. 1 e ss. Con particolare riferimento agli aspetti giuridici, rimane tuttora imprescindibile la consultazione di F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II2-III2, Napoli, 1973, rispettivamente pp. 274 e ss., pp. 1 e ss.

[2] Cfr. sul punto, da ultimo, G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, Oxford, 2012, p. 2 (= *Roma. Storia di un impero*, ed. italiana a cura di G. Traina, Torino, 2014, p. 4). Sull'idea di *libertas* nel pensiero politico romano, cfr. Ch. Wirszubski, *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*, Cambridge, 1950, *praecipue* pp. 3 e ss. (= *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra Repubblica e*

irono i sintomi più evidenti dell'irreversibile crisi di quel modello e il preludio al suo definitivo superamento[3].

Con la distruzione di Cartagine e di Corinto (146 a.C.), Roma era ormai divenuta padrona assoluta del Mediterraneo, ma celava al contempo, al suo stesso interno – ed anzi certamente enfatizzate dalle inattese ricadute negative di una politica estera marcatamente aggressiva – alcune assai gravi debolezze, che avrebbero di lì a non molto determinato, sotto l'ambigua maschera di un'apparente restaurazione della libertà, il definitivo collasso delle istituzioni repubblicane e l'avvento del Principato[4].

Nel tentativo di fornire una spiegazione del fenomeno della crisi della Repubblica, gli storici antichi hanno ripetutamente posto l'accento sull'avvio di un grave processo di corruzione morale, determinato dall'accumulo senza precedenti di grandi quantità di ricchezze e sull'arroganza ingenerata dal perseguimento di spregiudicate politiche imperialistiche:

> Velleius Paterculus, *Ad M. Vinicium consulem libri duo*, 2, 1, 1 (ed. M. Elefante, Hildesheim-Zürich-New York, 1997, p. 72): *Potentiae Romanorum prior Scipio viam aperuerat, luxuriae posterior aperuit: quippe remoto Carthaginis metu sublataque imperii aemula, non gradu, sed praecipiti cursu a virtute descitum, ad vitia transcursum; vetus disciplina deserta, nova inducta; in somnum a vigiliis, ab armis ad voluptates, a negotiis in otium conversa civitas* [Il primo Scipione

Impero, Bari, 1957, in particolare pp. 11 e ss.); v. inoltre C. Venturini, *"Libertas" e "dominatio" nell'opera di Sallustio e nella pubblicistica dei "populares". Osservazioni e problemi*, in *Studi per E. Graziani*, Pisa, 1971, pp. 636 e ss. (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica*, Napoli, 2014, pp. 483 e ss.), nonché, nella letteratura più recente, V. Arena, *Libertas and the Practice of Politics in the Late Roman Republic*, Cambridge, 2012, in particolare pp. 45 e ss. Più in generale, sui valori politico-sociali che caratterizzano l'identità della *res publica*, v. per tutti M. Pani, *La politica in Roma antica. Cultura e prassi*, Roma, 1997, pp. 15 e ss.

[3] Per questo giudizio, v. ancora G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 4 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 6).

[4] Sul forte processo di espansione che interessò Roma tra il III e il II sec. a.C., cfr. E. Gabba, *L'imperialismo romano*, in *Storia di Roma*, II.1, cit., pp. 189 e ss.; nonché F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, Napoli, 1991[3], pp. 243 e ss. Sulla distruzione di Cartagine e di Corinto, cfr. in particolare W.V. Harris, *Roman Expansion in the West*, in *The Cambridge Ancient History*, VIII, *Rome and the Mediterranean to 133 B.C.*, edited by A. E. Astin, F. W. Walbank, M. W. Frederiksen, R. M. Ogilvie, Cambridge, 1989[2], pp. 142 e ss.; S. Price, P. Thonemann, *The Birth of Classical Europe. A History from Troy to Augustine*, London, 2010, pp. 214 e ss. (= *In principio fu Troia. L'Europa nel mondo antico*, trad. it. di L. Argentieri, Bari, 2012, pp. 212 e ss.); G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 97 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 103 e ss.).

aveva aperto la strada alla potenza dei Romani, il secondo l'aprì allo sfarzo: rimosso, infatti, il timore di Cartagine e distrutta la rivale nel potere, non passo passo, ma con una precipitosa corsa ci si allontanò dalla virtù e si cadde nel vizio. Il vecchio modo di vivere fu abbandonato, ne fu introdotto uno nuovo. La città passò dalle veglie al sonno, dalle armi ai piaceri, dalle occupazioni all'ozio].

Il brano di Velleio Patercolo, con una forte connotazione moralistica, contrappone le conseguenze della vittoria conseguita da Publio Cornelio Scipione Africano su Annibale nella battaglia di Zama agli esiti nefasti della distruzione di Cartagine, dovuta alle armi di Publio Cornelio Scipione Emiliano[5].

Alla crisi e al superamento del modello repubblicano contribuirono, tuttavia, anche altri importanti fattori giuridici, politici, sociali ed economici, primo fra tutti, l'inadeguatezza della vecchia costituzione cittadina ad assicurare il controllo e l'efficace gestione di un territorio divenuto così esteso e carico di complessità, nonché la formazione, non meno dirompente e a volte decisiva per il superamento dei pregressi equilibri, di un ampio sottoproletariato urbano, ormai del tutto privo di legami clientelari con le antiche famiglie della *nobilitas* senatoria[6].

---

[5] Sul giudizio degli storici antichi circa le ragioni che portarono al collasso del sistema repubblicano, v. ora le osservazioni di G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 4 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 6). Il richiamo moralistico alla *luxuria* (*τρυφή*) costituisce un elemento che appare molto frequentemente nel pensiero dell'antichità: cfr. C. Venturini, *«Luxus» e «avaritia» nell'opera di Sallustio (Osservazioni e problemi)*, in *Athenaeum* 57, 1979, pp. 277 e ss. (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, cit., pp. 503 e ss.); U. Cozzoli, *La τρυφή nella interpretazione delle crisi politiche*, in *Tra Grecia e Roma. Temi antichi e metodologie moderne*, Roma, 1980, pp. 133 e ss.; G. Nenci, *Tryphé e colonizzazione*, in *Forme di contatto e processi di trasformazione nelle società antiche. Atti del convegno di Cortona (24-30 maggio 1981) organizzato dalla Scuola normale superiore e dall'École française de Rome con la collaborazione del Centre de Recherches d'histoire ancienne de l'Université de Besançon*, Pisa-Roma, 1983, pp. 29 e ss.; M. Capozza, *Ricchezza e povertà in Diodoro. Note di lettura dei libri 28-40*, in *Index*, 13, 1985, pp. 137 e ss. Per un accenno all'interpretazione degli storici antichi circa le ragioni che portarono alla crisi della Repubblica romana, v. anche la stessa M. Capozza, *La tradizione sui conflitti sociali a Volsini nel III sec. a.C.: dai servi agli* οἰκέται *attraverso i liberti*, in *Atene e Roma* 42, 1997, pp. 31-32. Con particolare riferimento al brano di Velleio Patercolo, cfr. inoltre *Velleius Paterculus ad M. Vinicium consulem libri duo.* Curavit adnotavitque M. Elefante, Hildesheim-Zürich-New York, 1997, p. 205.

[6] Sui numerosi e complessi fattori che portarono alla fine della Repubblica v. ampiamente F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II^2, cit., pp. 437 e ss.; P.A. Brunt, *The Fall of the Roman Republic*, Oxford, 1988, in particolare pp. 32 e ss. (= *La caduta della Repubblica romana*, trad. it. di F. Salvatorelli, Bari, 1990, in particolare pp. 49 e ss.); per un'efficace sintesi, v. da ultimo G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 4-5 e pp. 97 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 6-7 e pp. 103 e ss.).

Le continue guerre di conquista avevano portato con sé, oltre alla concentrazione di enormi ricchezze nelle mani di pochi, la rovina della piccola proprietà contadina, la creazione di vasti latifondi e il conseguente afflusso a Roma di una moltitudine di nullatenenti: proprio nel quadro di questa nuova e drammatica situazione di conflitto sociale si inseriscono, e anzi trovano terreno particolarmente fertile, i primi rivoluzionari episodi di rottura dell'ordine costituzionale e l'affermazione di sempre più marcati personalismi, destinati a minare in radice i valori e gli equilibri sui quali si era fino a quel momento fondata la *res publica*[7].

A tale ultimo proposito, appaiono vicende particolarmente significative il gesto rivoluzionario compiuto da Tiberio Gracco proponendo l'*abrogatio imperii* del collega Marco Ottavio (133 a.C.), seguito dal tentativo dello stesso Tiberio di ripresentare la candidatura al tribunato per l'anno successivo, nonché, in direzione contraria, la sospensione delle garanzie costituzionali deliberata dal senato per reprimere il movimento graccano[8].

---

[7] Su questi aspetti, v. le osservazioni di G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli, 2008, pp. 258 e ss.

[8] Il tribuno Marco Ottavio si era reso strumento delle resistenze della *nobilitas* senatoria in occasione della votazione della celebre riforma agraria nel 133 a.C. Sulla vicenda e sulle sue implicazioni costituzionali, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II^2, cit., pp. 489 e ss., secondo cui Tiberio, non essendo applicabile il principio dell'inammissibilità dell'*abrogatio magistratuum* ad una magistratura rivoluzionaria come il tribunato, avrebbe semplicemente accentuato, attraverso la deposizione di Ottavio, il carattere democratico dell'istituzione tribunizia. Sull'*abrogatio magistratuum*, v. da ultimo F. Arcaria, *Dal tribunato militare alla crisi della Repubblica*, in Id., O. Licandro, *Diritto romano*, I, *Storia costituzionale di Roma*, Torino, 2014, p. 129. Quanto all'iterazione del tribunato per l'anno successivo, alcuni autori ritengono che Tiberio abbia proposto la propria candidatura in spregio ad una prescrizione della *lex Villia annalis*, che avrebbe imposto un intervallo di tempo almeno decennale tra le due magistrature (cfr. D. Foraboschi, *La rivoluzione del secondo secolo a.C.*, in E. Gabba, D. Foraboschi *et alii*, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, p. 113; diversamente, tuttavia, F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II^2, cit., pp. 494 e ss.; nonché F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., p. 153 e p. 277). Sulla *lex Villia annalis*, v. F. Vallocchia, *Qualche riflessione sul plebiscito del tribuno della plebe Villio del 180 a.C. (la cd. lex Villia annalis*, in *Diritto@Storia* 10, 2011-2012; da ultimo, cfr. L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, Bologna, 2014, p. 129. Il console e giurista Publio Mucio Scevola si rifiutò di dare attuazione al *senatusconsultum ultimum*. Fu allora che i sostenitori della *nobilitas*, guidati dal pontefice massimo Scipione Nasica, suscitarono dei disordini in cui trovò la morte Tiberio. In questa occasione venne per la prima volta impiegata contro cittadini romani la misura eccezionale dell'*evocatio*: cfr. in proposito F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II^2, cit., pp. 485 e ss. e F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 278-279. Per un quadro d'insieme sulle iniziative portate avanti dal movimento graccano e sulla loro valutazione nella storiografia, v. ora F. Costabile, *Storia del diritto pubblico romano*, Reggio Calabria, 2012^3, pp. 165 e ss.

Proprio le vicende del tribunato di Tiberio Gracco vennero considerate già dalla storiografia antica il segno più evidente dell'ormai irreversibile cesura con il passato[9]:

> Velleius Paterculus, *Ad M. Vinicium consulem libri duo*, 2, 3, 3-4 (ed. Elefante, cit., p. 73): *Hoc initium in urbe Roma civilis sanguinis gladiorumque impunitatis fuit. Inde ius vi obrutum potentiorque habitus prior, discordiaeque civium antea condicionibus sanari solitae ferro diiudicatae, bellaque non causis inita, sed prout eorum merces fuit.* 4. *Quod haud mirum est: non enim ibi consistunt exempla, unde coeperunt, sed quamlibet in tenuem recepta tramitem latissime evagandi sibi viam faciunt, et ubi semel recto deerratum est, in praeceps pervenitur, nec quisquam sibi putat turpe, quod alii fuit fructuosum* [Questo nella città di Roma fu l'inizio dello spargimento del sangue dei cittadini e dell'impunità per chi usava le armi. Da allora il diritto fu travolto dalla violenza, il più forte fu considerato il migliore, e le discordie civili, che prima solitamente si componevano con gli accordi, furono decise con le armi, si intrapresero guerre non per reali motivi, ma per la brama di guadagno. 4. Ciò non è affatto sorprendente: gli esempi, infatti, non si fermano là dove hanno avuto inizio, ma, per quanto ammessi in un angusto sentiero, si aprono la strada per propagarsi il più estesamente possibile, e, quando si esce una volta dalla retta via, si cade dentro il precipizio e nessuno reputa che sia turpe per sé ciò che è stato fruttuoso per un altro].

Un giudizio sostanzialmente conforme sulle vicende graccane e sul radicale mutamento allora intervenuto ebbe modo di esprimere in prosieguo di tempo anche Appiano di Alessandria[10].

All'esclusivismo della *nobilitas* senatoria, l'aristocrazia terriera, dedita allo sfruttamento dei grandi latifondi (si pensi al modello di fattoria delineato nel *de*

---

[9] Sul giudizio degli storici antichi, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II[2], cit., p. 486, nonché M. Crawford, *The Roman Republic*, London, 1992[2], p. 94 (= *Roma nell'età repubblicana*, ed. italiana a cura di E. Lo Cascio, Bologna, 1995, p. 113). Per un accenno, v. anche F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., p. 279.

[10] Cfr. *Ἀππιανός*, *Ῥωμαϊκά*, *Ἐμφύλια* 1, 1 e 1, 4-5. Su questi brani e sull'importanza dell'opera dello storico alessandrino per la valutazione delle vicende dell'età dei Gracchi, cfr. R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, I, *Monarchia e Repubblica*, Bologna, 1982, pp. 247 e ss. Sulla figura di Appiano, sui caratteri della sua opera e sulla sua fortuna, v. ora L. Canfora, *Augusto. Figlio di dio*, Roma-Bari, 2015, pp. 10 e ss., il quale mette in luce (in particolare pp. 225 e ss.) come lo storico abbia ampiamente attinto anche ai perduti *Commentarii de vita sua* di Augusto. Sul brano di Velleio Patercolo sopra riportato e sui suoi antecedenti letterari, v. invece *Velleius Paterculus ad M. Vinicium consulem libri duo.* Curavit adnotavitque M. Elefante, cit., p. 212.

agricultura di Catone, intorno al 150 a.C.), si contrapponevano ora anche le aspirazioni dell'*ordo equester*, la nuova aristocrazia commerciale, pronte a saldarsi, pur di prevalere nell'agone politico e di uscire da una situazione di sostanziale inferiorità, con le rivendicazioni di una moltitudine di diseredati senza speranze[11].

A ciò si aggiunga che, nella seconda metà del II secolo a.C., la nuova potenza militare affermatasi in tutto il bacino del Mediterraneo non era ancora in grado di esprimere una politica estera matura e idonea ad assicurare, attraverso l'istituzionalizzazione del proprio potere, un efficace controllo dei territori conquistati, nonché sicurezza e stabilità durature[12]. Dopo la distruzione di Cartagine, Roma si limitò infatti a sfruttarne i ricchi territori agricoli, lasciando vaste zone dell'entroterra sotto il controllo dei Numidi e dei Mauri. Allo stesso modo, in Asia Minore, Roma contribuì attivamente, dopo la sconfitta della Siria seleucide, al rafforzamento dei re del Ponto[13]. Dalla politica perseguita dai romani in quei territori scaturirono gravi minacce alla sicurezza della *res publica*, con effetti che si rivelarono, anche sul piano della tenuta dell'assetto costituzionale, fortemente destabilizzanti: mi riferisco alle guerre combattute da Roma contro Giugurta e Mitridate VI e alle situazioni di assoluta emergenza che vennero a crearsi in quelle circostanze[14].

La rovina della piccola proprietà contadina, solo in minima parte mitigata dalle iniziative promosse dal movimento graccano, determinò il sorgere di gravi difficoltà nell'espletamento delle operazioni di leva militare[15]. La riforma di Caio

[11] Sulle cause che determinarono l'affermazione dell'azienda schiavistica catoniana, v. le osservazioni di M. Torelli, *La formazione della villa*, in *Storia di Roma*, II.1, cit., pp. 123 e ss. Sull'organizzazione e le caratteristiche delle *villae*, con puntuale analisi della documentazione archeologica, cfr. A. Marzano, *Roman Villas in Central Italy. A Social and Economic History*, Leiden-Boston, 2007, in particolare pp. 125 e ss., nonché, da ultimo, L. Capogrossi Colognesi, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012, pp. 139 e ss. Sui movimenti politici negli ultimi due secoli della Repubblica, v. G. Zecchini, *I partiti politici nella crisi della Repubblica*, in *'Partiti' e fazioni nell'esperienza politica romana*, Milano, 2009, pp. 105 e ss., nonché, per l'età di Silla e il periodo immediatamente successivo, M.T. Schettino, *I partiti politici nell'età postsillana*, *ivi*, pp. 87 e ss.

[12] Cfr. per queste considerazioni Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 97 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 103 e ss.).

[13] Cfr. ancora G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 101 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 107).

[14] La più recente storiografia non ha trascurato di evidenziare il suggestivo parallelo di alcune vicende contemporanee e, in particolare, dei ben noti casi di Manuel Noriega a Panama, dei Talebani in Afganistan e di Saddam Hussein in Iraq, con quanto verificatosi nel II secolo a.C.: cfr. sul punto G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 101 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 107).

[15] È opportuno ricordare che i proletari erano di regola esclusi dal servizio militare, in ragione della loro impossibilità di armarsi a proprie spese. Sul progressivo abbassamento, a partire dalle guerre

Mario, che, in occasione della guerra contro Giugurta, arruolò per la prima volta nell'esercito i volontari, in massima parte costituiti da nullatenenti (*capite censi*), favorì la creazione di legami personali – in forme, fino a quel momento, del tutto inusitate – tra il generale e le sue truppe[16]. Le legioni romane, disposte a tutto pur di partecipare alla spartizione dei cospicui bottini di guerra, potevano ora essere utilizzate – e non di rado lo furono – per soddisfare le brame di potere dei singoli generali: lo stesso Mario riuscì più volte ad ottenere illegalmente, forte dell'appoggio delle proprie milizie stanziate alle porte di Roma, la reiterazione del consolato[17].

In relazione alla già ricordata necessità di una profonda riforma dei centri di potere e dell'architettura costituzionale dell'antica città-stato, non possono non essere in questa sede richiamate anche le sempre più pressanti istanze di partecipazione alla vita pubblica che provenivano dagli alleati italici, senza alcun dubbio i veri artefici dello straordinario successo militare romano, eppure ingiustificatamente esclusi dal godimento delle guarentigie costituzionali, dall'accesso alle magistrature, nonché dalla partecipazione a qualsivoglia processo decisionale[18].

Le rivendicazioni dei *socii Italici*, per lungo tempo rimaste completamente frustrate, portarono in prosieguo di tempo ad un sanguinoso conflitto, risoltosi non senza difficoltà solo dopo l'emanazione della *lex Plautia Papiria de civitate sociis danda* (89 a.C.)[19]. La svolta istituzionale derivante dalla concessione della cittadinanza

annibaliche, della soglia di ricchezza minima dei cittadini per poter servire nelle legioni cfr. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., p. 186 e nota 2.

[16] Sulla riforma mariana dell'esercito, v. E. Gabba, *Mario e Silla*, in *ANRW*, I.1, Berlin-New York, 1972, pp. 777-778; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III[2], Napoli, 1973, pp. 33 e ss.; E. Gabba, *Il declino della milizia cittadina e l'arruolamento dei proletari*, in *Storia di Roma*, II.1, cit., pp. 691 e ss.

[17] E. Gabba, *Mario e Silla*, cit., pp. 778 e ss. È stato recentemente osservato in proposito da A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, 2012, p. 71, che, a partire da questo momento: «l'esercito comincia ad assumere quel ruolo di organo operante all'interno dell'assetto costituzionale romano, andandosi a sostituire, già dal I sec. del Principato, alle assemblee popolari». La valutazione dell'elemento militare nelle vicende della crisi della repubblica e dell'avvento del Principato forma oggetto del volume di V. Giuffrè, *Homines militares e status rei publicae. Torsioni di una costituzione*, Napoli, 2013, pp. 29 e ss.

[18] Sulla condizione in cui versavano gli italici e sulle loro rivendicazioni cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III[2], cit., pp. 32 e ss., nonché la sintesi di G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 109 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 115 e ss.).

[19] La guerra iniziò nel 91 a.C. quando il senato riuscì a bloccare, con il pretesto di cattivi presagi, una *rogatio de civitate Latinis et sociis danda* del tribuno M. Livio Druso figlio, che, se fosse stata approvata, avrebbe soddisfatto le istanze degli alleati italici. Ancor prima dell'emanazione della *lex Plautia*

romana determinò, peraltro, la diffusione del latino e il radicamento del diritto romano in tutta la penisola[20].

La forte crisi determinata dalla rivolta degli alleati italici finì per acuire i contrasti tra gli ottimati e i democratici: formarono oggetto di discussione, in particolare, le modalità attraverso le quali si sarebbe potuta realizzare la partecipazione dei neocittadini alle assemblee popolari[21]. Un ulteriore punto di frizione tra le opposte fazioni riguardava la titolarità del comando delle operazioni militari contro Mitridate[22].

Quando Silla ricevette, per iniziativa dei seguaci di Mario, l'ordine di abbandonare il comando della guerra del Ponto non esitò, con un'iniziativa senza precedenti, a marciare su Roma, conquistando con le armi la città[23]. Dopo la partenza di Silla per la guerra in Oriente, i democratici ripresero il controllo della scena politica e riuscirono ad ottenere l'iscrizione dei neocittadini italici in tutte le tribù[24].

Papiria, Roma si era vista costretta a concedere, con una *lex Iulia de civitate Latinis et sociis danda* (90 a.C.), la cittadinanza a tutti i latini e a tutte le comunità che non avessero preso parte alla rivolta. Sul *bellum sociale*, v. per tutti E. Gabba, *Rome and Italy: the social war*, in *The Cambridge Ancient History*, IX, cit., pp. 104 e ss.

[20] Cfr. sul punto le osservazioni di L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., pp. 189-190. Questo processo dovette già avere inizio tra la fine del III e l'inizio del II sec. a.C. per effetto del ruolo egemone di Roma: v. C. Masi Doria, *Il multilinguismo giuridico nel mondo romano. Introduzione a una ricerca interdisciplinare*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento*, I, Napoli, 2013, p. XIII; con particolare riferimento alle attestazioni provenienti da Cuma, che rivelano peraltro la scomparsa dell'osco dalle iscrizioni pubbliche dopo la guerra sociale, cfr. anche G. Camodeca, *Osco e latino nelle istituzioni pubbliche di Cuma nel II-I sec. a.C.*, in *Modelli di un multiculturalismo giuridico*, cit., pp. 1 e ss.

[21] Sulla questione del godimento dei diritti politici v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 56 e ss.; F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 312-313; nella più recente letteratura, cfr. A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 81-82.

[22] V. ancora F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 64 e ss.; F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 312-313, nonché, da ultimo, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 81-82.

[23] Sulla vicenda del trasferimento del comando delle operazioni militari in Oriente a Mario, in forza di un provvedimento fatto votare dal tribuno Publio Sulpicio Rufo, e sulla successiva marcia su Roma, v. ampiamente G. Brizzi, *Silla*, Roma, 2004, pp. 93 e ss., nonché G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 130 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 137-138). Sugli *acta* sillani dell'88 a.C., v. per tutti F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 314 e ss.

[24] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 72 e ss.; F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., p. 317, nonché, nella più recente letteratura, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 82.

Uscito finalmente vincitore dal conflitto contro Mitridate e dopo una nuova marcia su Roma, Silla poté finalmente consumare la propria vendetta instaurando un vero e proprio regime di terrore: rimasero tristemente famose le sue liste di proscrizione[25]. Al fine di ristabilire le vacillanti istituzioni repubblicane, Silla venne nominato dai comizi – senza limiti temporali – *dictator legibus scribundis et rei publicae constituendae*[26]. Venne avviata una serie di riforme volte ad imprimere alla costituzione cittadina un'impronta fortemente conservatrice e oligarchica[27]. Il dittatore, che godeva di prerogative amplissime e del tutto straordinarie, non giunse però ad instaurare una forma di governo monarchica,

[25] Sulla pace conclusa in Oriente e il rientro in Italia, v. F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 318 e ss. Quanti erano stati inclusi nelle liste, dichiarati nemici della Repubblica, venivano spogliati dei loro beni e potevano essere impunemente uccisi (cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 89-90). L'inclusione nelle liste comportava l'emarginazione politica anche per i discendenti dei proscritti (sulla perdita del *ius honorum*, v. F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., p. 323). Attraverso le liste di proscrizione, Silla «incise in profondità sulla composizione dell'aristocrazia di governo» (così L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., p. 194). Deve essere comunque ricordato che le liste di proscrizione ebbero in realtà anche lo scopo di limitare il numero delle vittime di una reazione che sarebbe stata, altrimenti, indiscriminata: cfr. sul punto G. Brizzi, *Silla*, cit., pp. 157 e ss.

[26] Sulle vicende che portarono al conferimento della dittatura da parte dei comizi, v. J. Carcopino, *Sylla ou la monarchie manquée*, Paris, 1947^{11}, pp. 37 e ss. e F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 320-321. Sui caratteri e gli obiettivi politici della dittatura sillana cfr. ampiamente F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 82 e ss.

[27] Merita di essere ricordata una *lex Cornelia de tribunicia potestate*, che escludeva gli ex tribuni da ogni nuova magistratura e limitava il diritto di veto ai casi nei quali si trattasse di portare aiuto ad un singolo cittadino (*amplius*, su questa riforma, v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 92-93, nonché F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*^{3}, cit., pp. 323-324). Secondo Velleio Patercolo (2, 30, 4), la carica del tribunato, in tal modo fortemente depotenziata, venne ridotta ad una semplice *imago*: *Hoc consulatu Pompeius tribuniciam potestatem restituit, cuius Sulla imaginem in iure reliquerat* (ed. Elefante, cit., p. 90) [Durante questo consolato Pompeo ripristinò la *tribunicia potestas*, della quale Silla aveva lasciato nel diritto solo una parvenza]. La tralatizia lezione *sine re*, in luogo di *in iure*, è elegante congettura di Sigismondo Gelenio (Basileae, 1546), mentre l'edizione di W. S. Watt (Leipzig, 1988), ipotizza, piuttosto, *tantum iuris* (cfr. *Velleius Paterculus ad M. Vinicium consulem libri duo.* Curavit adnotavitque M. Elefante, cit., p. 277). Per evitare che qualcun altro, seguendo il suo stesso esempio, marciasse su Roma con le armi, il dittatore, con una *lex Cornelia de provinciis ordinandis*, rafforzò la distinzione tra *imperium domi* e *imperium militiae* (riconoscendo quest'ultimo solo ai promagistrati destinati al governo delle province). Per un quadro d'insieme delle riforme sillane, v., nella più recente letteratura, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 82 e ss., nonché L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., pp. 192 e ss.

decidendo piuttosto di abbandonare spontaneamente il potere e di ritirarsi a vita privata nella sua villa di Cuma: i tempi non erano ancora maturi[28].

Le riforme di Silla ebbero nel complesso vita assai breve, ma rimase fermamente scolpito nella memoria collettiva, destinato ad essere ben presto emulato, l'esempio di un generale romano che aveva marciato per due volte contro Roma alla testa di un esercito, conquistato la città con le armi, consumato le più atroci vendette contro i propri nemici politici, come lo stesso Silla volle ricordare, secondo la tradizione, componendo personalmente il suo epitaffio[29]:

> Πλούταρχος, Σύλλας, 38, 6 (ed. R. Flacelière, E. Chambry, Paris, 1971, p. 285): Τὸ μὲν οὖν μνημεῖον ἐν τῷ πεδίῳ τοῦ Ἄρεώς ἐστι, τὸ δ' ἐπίγραμμά φασιν αὐτὸν ἐπιγραψάμεον καταλιπεῖν, οὗ κεφάλαιόν ἐστιν ὡς οὔτε τῶν φίλων τις αὐτὸν εὖ ποιῶν οὔτε τῶν ἐχθρῶν κακῶς ὑπερεβάλετο [Il suo monumento dunque è nel Campo di Marte; dicono inoltre che egli stesso abbia lasciato incisa un'iscrizione, la cui parte principale è che né alcuno degli amici lo superò nel fare il bene, né alcuno dei nemici nel fare il male].

È stato osservato che l'epitaffio di Silla: «è un'agghiacciante testimonianza degli orrori della politica alla fine della Repubblica»[30]. Dopo Silla, la politica divenne irrimediabilmente affare di parte[31].

Conclusasi l'esperienza della dittatura sillana, nuove situazioni di emergenza sul piano militare determinarono ulteriori fratture dell'ordinamento costituzionale e favorirono l'emersione di nuovi e più marcati personalismi. Roma, nel breve volgere di pochi anni, si ritrovò impegnata in ben quattro guerre: contro i provinciali iberici e gli ultimi partigiani di Mario, guidati da Quinto Sertorio, contro i pirati che infestavano il mediterraneo, contro Mitridate e contro Spartaco.

---

[28] Cfr. sul punto J. Carcopino, *Sylla ou la monarchie manquée*, cit., pp. 48 e ss.; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III², cit., p. 90, secondo cui Silla era, da un lato, ancora legato alla tradizione repubblicana, mentre, dall'altro, «non esistevano ancora i presupposti politici per la trasformazione del regime»; G. Brizzi, *Silla*, cit., pp. 179 e ss.; da ultimo, v. L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., p. 192. Per un quadro d'insieme sulle posizioni assunte dalla storiografia nella valutazione del volontario ritiro di Silla dalla scena politica, cfr. anche R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, I, *Monarchia e Repubblica*, cit., p. 297.

[29] Cfr. sul punto G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 131-132 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 139).

[30] Così G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., p. 129 (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 137).

[31] Cfr. ancora G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 131-132. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., p. 139). Sul punto, v. anche F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III², cit., p. 111.

Molti tra i seguaci di Mario perseguitati da Silla si erano rifugiati nella penisola iberica ed erano riusciti ad ottenerne il controllo, coltivando il sogno di poter da lì marciare su Roma per risollevare le sorti del partito democratico: a reprimere l'insurrezione di Sertorio – particolarmente difficile da contrastare perché condotta con i metodi della guerriglia – venne inviato Gneo Pompeo, già luogotenente di Silla, che riuscì a prevalere non senza difficoltà solo nel 72 a.C.[32].

Alla rivolta di Sertorio in Spagna si aggiunse, in Italia, quella dei gladiatori capeggiati da Spartaco (73-71 a.C.), dopo alterne vicende definitivamente sconfitti dal pretore Marco Licinio Crasso sul Sele: i pochi rivoltosi superstiti, datisi alla macchia sugli Appennini, vennero massacrati da Pompeo, che ritornava vittorioso dalla Spagna[33].

Il prestigio guadagnato dai due vittoriosi generali non rimase privo di conseguenze sulla scena politica: Crasso e Pompeo, già membri del partito sillano, proposero – in spregio alle disposizioni sul *cursus honorum* emanate proprio da Silla (perché Pompeo non aveva precedentemente ricoperto alcuna magistratura) – la loro candidatura per il consolato, riuscendo alla fine a realizzare le proprie ambizioni, nonostante la ferma opposizione della *nobilitas* senatoria, solo con l'appoggio del partito democratico e dei cavalieri[34]. I nuovi equilibri creatisi determinarono la pronta abrogazione delle riforme sillane[35].

Negli anni immediatamente successivi, la credibilità politica e con essa il potere dell'oligarchia senatoria vennero ulteriormente minati dal celebre processo a

---

[32] Per queste vicende, cfr. R. Seager, *The Rise of Pompey*, in *The Cambridge Ancient History*, IX, cit., pp. 215 e ss. Sulle caratteristiche del governo instaurato da Sertorio, ispirato a principi democratici molto avanzati e che, per la prima volta, superava la logica tipicamente repubblicana dello sfruttamento romano sulle province, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 135 e ss. Sulla figura di Sertorio e sulle ragioni che lo spinsero in Spagna, v. F. García Morá, *Quinto Sertorio. Roma*, Granada, 1991, pp. 25 e ss.; sulle vicende successive, cfr. Id., *Un episodio de la Hispania Republicana: la guerra de Sertorio. Planteamientos iniciales*, Granada, 1991, pp. 15 e ss.

[33] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 124 e ss., nonché F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 339-340. Per un racconto biografico sulla figura del gladiatore e, più in generale, per un vivace affresco sulla condizione servile negli anni settanta del I sec. a.C., v. ora A. Schiavone, *Spartaco. Le armi e l'uomo*, Torino, 2011.

[34] F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., p. 146; F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 340-341; nella più recente letteratura, v. A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 85-86.

[35] Sullo smantellamento della costituzione sillana, v. la ricostruzione di F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 144 e ss., nonché A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 85-86.

Caio Verre e dalla sentenza di condanna che ne seguì[36]. La popolarità di Pompeo risultò, invece – e ancora una volta – notevolmente rafforzata dalle vittorie ottenute sui pirati e contro Mitridate[37].

Per far fronte a queste gravi situazioni di emergenza erano stati concessi a Pompeo poteri straordinari, attraverso due plebisciti: la *lex Gabinia de piratis persequendis* e la *lex Manilia de imperio Cn. Pompei*[38]. L'emanazione di questi provvedimenti diede vita per la prima volta nell'ordinamento della *civitas* ad una scissione tra la titolarità della carica – nel caso di specie, quella di proconsole, non ricoperta da Pompeo – e l'esercizio dei poteri ad essa inerenti, scissione che sarebbe stata foriera di profonde trasformazioni sul piano costituzionale e che avrebbe trovato in prosieguo di tempo una più compiuta espressione con l'avvento del Principato augusteo[39]. I successi militari conseguiti da Pompeo dimostrarono a tutti l'efficacia del conferimento degli *imperia extraordinaria*, ai quali si fece sempre più frequentemente ricorso negli anni successivi[40].

---

[36] Sul processo di Verre, v. C. E. W. Steel, *Cicero, Rhetoric and Empire*, Oxford, 2001, pp. 21 e ss. Più in generale, sulla perdita di centralità del ruolo del senato nell'età delle guerre civili, v. per tutti le osservazioni di L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., pp. 203 e ss.

[37] Cfr. per tutti F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 346-347.

[38] La *lex Gabinia* (67 a.C.) conferì a Pompeo un *imperium proconsulare* triennale su tutti i mari e sulle coste, fino ad una distanza di cinquanta miglia, riconoscendogli, tra l'altro, la facoltà di costituire fino a venti legioni e di armare fino a 500 navi (v. sul punto F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 151 e ss.). La successiva *lex Manilia* (66 a.C.) gli attribuì invece un *imperium proconsulare* su varie province orientali (cfr. F. De Martino, *ivi*, pp. 157 e ss.). Sulla posizione assunta da Cicerone nell'orazione *pro lege Manilia* e sul relativo dibattito costituzionale, v. ora C. E. W. Steel, *Cicero, Rhetoric and Empire*, cit., pp. 113 e ss.

[39] Cfr., nella più recente letteratura, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 87. Un non troppo remoto precedente costituzionale degli *imperia extraordinaria* della fine della Repubblica può essere considerato il conferimento del comando delle operazioni militari in Spagna nel corso della seconda guerra punica a Publio Cornelio Scipione l'Africano, che prima non aveva ricoperto alcuna magistratura superiore: su questo episodio e sulle sue ricadute, cfr. L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., pp. 155 e ss.

[40] Si pensi, a titolo puramente esemplificativo, all'*imperium proconsulare* quinquennale conferito a Cesare dalla *lex Vatinia* (59 a.C.) e successivamente prorogato dalla *lex Pompeia Licinia de provincia Caesaris* (55 a.C.) per un ulteriore quinquennio, senza precisare se quest'ultimo quinquennio dovesse decorrere dalla data di scadenza del primo o dalla data di approvazione di questa seconda legge. Cfr. sul punto A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 88-89. Sulla diffusa concessione degli *imperia extraordinaria* a partire da Pompeo, v. anche le osservazioni di G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 139 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 146 e ss.).

La celebre congiura di Catilina – soffocata nel sangue da Cicerone, console nel 63 a.C. – costituisce una più che significativa testimonianza del livello di degrado raggiunto dalla politica in quegli anni: si era ormai fatta strada l'idea che un programma di riforme potesse essere imposto anche con la forza, se si fosse rivelato infruttuoso il ricorso agli strumenti ordinari[41].

Il primo triumvirato, l'accordo privato per il controllo della *res publica* concluso nel 60 a.C. tra Pompeo, Crasso e Cesare – quest'ultimo da poco salito alla ribalta della scena politica nelle fila dei *populares* – ebbe vita piuttosto breve[42]. Di lì a poco, non tardarono a riproporsi i contrasti tra gli ottimati e i democratici, questa volta incarnati, in una visione sempre più personalistica dell'azione politica, dalle opposte figure di Pompeo e di Cesare[43].

Sono i difficili anni in cui Cicerone scrive il *De re publica*, vagheggiando, da un lato, il ristabilimento delle istituzioni repubblicane, ma ben consapevole, dall'altro, della necessità che un *princeps* assumesse il ruolo di *moderator rei publicae*[44].

---

[41] Catilina aveva in precedenza perso l'elezione al consolato. Sulla figura di Catilina e sul carattere democratico del suo programma politico, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III[2], cit., pp. 161 e ss. Sui delicati risvolti costituzionali della repressione guidata da Cicerone in forza dell'emanazione di un *senatus consutum ultimum* e della successiva misura dell'esilio fatta votare da Clodio nei confronti dell'oratore (*lex Clodia de exilio Ciceronis*), cfr. da ultimo A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 87.

[42] La denominazione di «primo triumvirato» è moderna ed impiegata per distinguere questo accordo privato da quello che intervenne nel 43 a.C. tra Ottaviano, Antonio e Lepido, che ottenne anche un riconoscimento legale. Sul punto, v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III[2], cit., pp. 163 e ss. L'accordo venne solennemente rinnovato a Lucca, nel 56 a.C., alla presenza di oltre duecento senatori e di molti magistrati (cfr. F. De Martino, *ivi*, pp. 176 e ss.). Dopo la morte di Giulia, figlia di Cesare e moglie di Pompeo, che spezzò il principale legame tra i due, Crasso venne ucciso nella guerra contro i Parti (53 a.C). Sull'ascesa politica di Cesare v. J. Carcopino, *Jules César*, Paris, 1968[5], pp. 117 e ss. (= *Giulio Cesare*, trad. it. di A. Rosso Cattabiani, Milano, 1975, pp. 135 e ss.), nonché L. Canfora, *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, Bari, 1999, pp. 15 e ss.

[43] Roma versava ormai in una situazione di profondo disordine. Nel 53 e nel 52 a.C. non si tennero le elezioni consolari. L'assemblea dei *patres*, di fronte alla situazione di sostanziale anarchia, nominò Pompeo *consul sine collega* affinché provvedesse alla salute della Repubblica (sulla peculiarità della posizione costituzionale di Pompeo, v. ora M. Pani, *Augusto e il Principato*, Bologna, 2013, p. 34). L'intimazione a Cesare di abbandonare il comando delle Gallie, successiva all'approvazione della *lex Pompeia de provinciis* e della *lex Pompeia de iure magistratuum* (sulle quali, cfr. L. Gagliardi, *Cesare, Pompeo e la lotta per le magistrature. Anni 52-50 a.C.*, Milano, 2011, pp. 89 e ss., nonché A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 90 e ss.), provocò lo scoppio di una nuova guerra civile. Con il passaggio del Rubicone veniva emulato l'esempio dato da Silla quarant'anni prima.

[44] Sul punto v. ampiamente E. Lepore, *Il princeps ciceroniano e gli ideali politici della tarda Repubblica*, Napoli, 1954, pp. 56 e ss.; nonché V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1957[7] (rist. 1994),

Cesare uscì vincitore dallo scontro, ma il suo vasto e lungimirante disegno riformatore – volto al definitivo superamento del tradizionale e ormai asfittico esclusivismo politico romano e ispirato al valore della *clementia* come strumento di pacificazione tra le opposte fazioni – venne bruscamente interrotto[45].

Il dittatore si era reso promotore di una concezione della politica e delle istituzioni del tutto nuova ed estranea alla tradizione repubblicana, come significativamente emerge dalla sua biografia redatta da Svetonio:

> Svetonius, *Divus Iulius*, 77, 1 (ed. H. Ailloud, Paris, 1961, p. 52): *Nec minoris inpotentiae voces propalam edebat, ut Titus Ampius scribit: «nihil esse rem publicam, appellationem modo sine corpore ac specie. Sullam nescisse litteras, qui dictaturam deposuerit...»* [Proferiva pubblicamente discorsi di non minore imprudenza, come scrive Tito Ampio: «La Repubblica – diceva egli – non è nulla, solo un vuoto appellativo senza consistenza né realtà. E che Silla fosse un analfabeta, perché aveva deposto la dittatura...»].

Cesare, ritenendo che la Repubblica non fosse altro che una vana parola, priva di consistenza e di realtà, accusava Silla di analfabetismo politico per aver volontariamente deposto la dittatura[46].

---

p. 202; L. Canfora, *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, cit., pp. 70 e ss.; G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., p. 261; da ultimo, M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., in particolare pp. 28-29, il quale, opportunamente, osserva in proposito che: «qualche moderno che ha visto nel *princeps* ciceroniano una prefigurazione del futuro *princeps* non ha rispecchiato il pensiero di Cicerone; tutto sommato, ha colto però in quella figura l'aspetto di vera straordinarietà che il suo esito, nelle cose, comportava e, in definitiva, comportò».

[45] Per un dettagliato quadro d'insieme delle riforme di Cesare e del suo progetto politico, cfr. F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., pp. 346 e ss. Nel 44 a.C. la dittatura decennale di Cesare si trasformò in vitalizia: l'affermazione di un così forte potere personale evocò alla mente di alcuni l'invisa immagine del *regnum* (cfr. sul punto G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., p. 260). Per il dibattito storiografico circa la definizione costituzionale del potere di Cesare, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III^2, cit., pp. 248 e ss., nonché, recentemente, F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, Roma, 2013, pp. 15 e ss. Per la fortuna della figura di Cesare e del suo modello politico nelle epoche successive, soprattutto a partire dal periodo napoleonico, cfr. L. Canfora, *Cesarismo*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli, 2006, pp. 1587 e ss., che osserva conclusivamente: «il ruolo di Cesare, osannato dal popolo ma mediatore tra i conflitti, è rimasto a lungo la via d'uscita in più d'un tornante della storia» (p. 1593).

[46] Cfr. in proposito le osservazioni di G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., p. 261. Per l'interpretazione del brano di Svetonio, cfr. in particolare F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 47 e ss.

Con il conferimento a Cesare della dittatura vitalizia si assiste ad un cambiamento della forma di governo: viene meno la Repubblica e si instaura di fatto una monarchia, non sottoposta al controllo e alla direzione del senato e senza alcuna necessità di ottenere – proprio in ragione della perpetuità della carica rivestita – una qualche forma di legittimazione popolare[47]. Non è certamente un caso che proprio Cesare avviò per primo un progetto di codificazione dello *ius civile*, che non riuscì ad ultimare[48].

L'uccisione del dittatore non poté determinare, mutando il corso degli eventi, un ritorno all'antico e la restaurazione dell'oligarchia senatoria: è giudizio condiviso dagli storici che Cassio e Bruto si resero promotori di un disegno politico del tutto inattuale, utopico e irrealizzabile[49].

Cesare aveva già tracciato la strada che, dopo un breve periodo di transizione, venne ripresa e percorsa dal suo figlio adottivo, Augusto[50]. È stato osservato in proposito che: «la genialità di Cesare rese duratura per secoli la riforma dello Stato da lui concepita e avviata, conferendo il suo *cognomen* personale quale titolo degli imperatori e, ben oltre la fine dell'impero romano, quale titolo del Kaiser e dello Czar»[51].

Dopo le idi di marzo del 44 a.C., Roma precipitò nel terrore e la situazione politica andò complicandosi ulteriormente per l'arrivo di Caio Ottavio, pronipote di Cesare, che da quest'ultimo era stato adottato[52]. I contrasti tra

[47] Cfr. in questo senso F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, III[2], cit., p. 277, secondo cui venne instaurato dal dittatore «un potere monarchico, fondato sull'esercito, in mezzo alle istituzioni repubblicane»; sul punto, v. anche le osservazioni di G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., pp. 261-262.

[48] Sull'iniziativa di Cesare, cfr. ampiamente P. Biavaschi, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra Repubblica e Principato*, Milano, 2011, pp. 19 e ss.; per un accenno, v. anche Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 95.

[49] Per questo giudizio, v. già V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., p. 205; nella più recente letteratura, cfr. M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., p. 36 e L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., p. 217.

[50] G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., p. 269, nonché F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., p. 14, pp. 75 e ss.

[51] Così, F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., p. 80. Sulla storia dell'idea di impero e sul suo impiego nei secoli successivi, cfr. anche G. Woolf, *Rome. An Empire's Story*, cit., pp. 19 e ss. (= *Roma. Storia di un impero*, cit., pp. 23 e ss.).

[52] Su queste vicende e sul dibattito relativo alle forme giuridiche assunte dall'adozione, cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, Napoli, 1974, pp. 58 e ss. Caio Ottavio assunse i *tria nomina* del prozio *Caius Iulius Caesar*. Sulla genesi tarda, risalente al lessico bizantino di Suda, del

Caio Giulio Cesare Ottaviano e Marco Antonio, l'erede politico di Cesare, non tardarono ad arrivare[53]. L'iniziativa di Antonio di sottrarre il governo della Gallia Cisalpina a Decimo Bruto, uno dei congiurati, innescò una nuova guerra civile (detta di Modena, dal nome della città teatro degli scontri)[54]. Antonio, uscito soccombente, si rifugiò nella Gallia Narbonese, allora governata da Marco Emilio Lepido[55].

La morte in battaglia dei consoli Aulo Irzio e Vibio Pansa accese l'ambizione di Ottaviano, che allora aveva poco più di vent'anni, di diventare console[56]. Di fronte all'opposizione del senato, Ottaviano non esitò a marciare su Roma con otto legioni, ottenendo il consolato con la minaccia della forza (43 a.C.)[57].

A questo punto Ottaviano, per rinsaldare ulteriormente la propria posizione nei confronti della *nobilitas*, si decise a trattare con Antonio e con Lepido: venne allora creato, dopo un incontro svoltosi nei pressi di Bologna, un secondo triumvirato e questa volta non per effetto di un semplice accordo tra privati, ma in forza dell'emanazione di una legge comiziale (*lex Titia de triumviris rei publicae constituendae*)[58].

Una volta sconfitti i cesaricidi nella battaglia di Filippi (42 a.C.), il sorgere di contrasti tra le più forti personalità era di nuovo inevitabile[59]. La vittoria di Ottaviano su Antonio nella battaglia di Azio decretò la fine delle guerre civili (31 a.C.)[60].

---

cognomen *Octavianus* e sul *cognomen Caesar*, che passò ad indicare antonomasticamente il titolo imperiale, v. per tutti F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 7 e ss.

[53] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 67 e ss.

[54] Cfr. F. De Martino *ivi*, pp. 68 e ss.; per una sintesi, v. E. Gabba, *L'età della tarda Repubblica*, in E. Gabba, D. Foraboschi *et alii*, *Introduzione alla storia di Roma*, cit., p. 144. Sulla posizione di Ottaviano, valutata soprattutto attraverso il racconto di Appiano, che ebbe come fonte i *Commentarii* del figlio adottivo di Cesare, v. ora L. Canfora, *Augusto. Figlio di Dio*, cit., pp. 314 e ss.

[55] Sulla vicenda, cfr. L. Canfora, *ivi*, pp. 365 e ss.

[56] Sulla morte dei consoli e sul sospetto, che gravò a lungo su Ottaviano, di aver avvelenato Pansa, cfr. ancora L. Canfora, *ivi*, pp. 325 e ss.

[57] F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 75-76; E. Gabba, *L'età della tarda Repubblica*, cit., p. 144, nonché L. Canfora, *Augusto. Figlio di Dio*, cit., pp. 351 e ss., pp. 371 e ss.

[58] F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., p. 76 e ss. L'impatto della *lex Titia* sulla costituzione romana fu enorme: venne creata una magistratura straordinaria costituente con poteri illimitati per un quinquennio, poi prorogato, nel 37 a.C., per un ulteriore quinquennio.

[59] Cfr. E. Gabba, *L'età della tarda Repubblica*, cit., p. 145-146.

[60] Sulla fine delle guerre civili, v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 104 e ss.; E. Gabba, *L'età della tarda Repubblica*, cit., p. 146.

2. L'avvento del Principato

Possiamo seguire assai da vicino le vicende costituzionali che portarono all'instaurazione del Principato, grazie alle *Res gestae divi Augusti*[61]. Vinta finalmente la guerra contro Antonio, Ottaviano ricoprì la carica di console per regolari votazioni, dal 31 al 23 a.C.[62].

Il primo imperatore, in ciò rivelando di possedere una personalità «non impetuosa e geniale come quella di Cesare, ma riflessiva e naturalmente incline alle soluzioni medie», non pretese che gli venissero attribuite magistrature straordinarie[63]. È già possibile intravedere lo sforzo di dissimulare il nuovo assetto autocratico dello Stato dietro la maschera del rispetto della legalità formale: Tacito lascerà intendere, più tardi, come le magistrature repubblicane si fossero ridotte solo a dei *vocabula*[64].

È interessante notare come nel 32 a.C., alla scadenza del secondo quinquennio triumvirale, Ottaviano, che si apprestava allo scontro finale contro Antonio, abbia ricercato il fondamento giuridico-politico del suo operato nel giuramento di fedeltà dell'Italia e delle province occidentali (*coniuratio Italiae et provinciarum*):

---

[61] Sull'opera e sulla sua tradizione testuale, v. F. Guizzi, *Augusto. La politica della memoria*, Roma, 1999, pp. 13 e ss.; G. Nicosia, *Potens rerum omnium*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, V, Torino, 2010, pp. 2317 e ss., nonché F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 95 e ss.

[62] Cfr. V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., p. 217; G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Bologna, 2002, p. 121; nella più recente letteratura, v. V. Giuffrè, *Homines militares e status rei publicae. Torsioni di una costituzione*, cit., p. 92.

[63] È il giudizio sulla personalità di Augusto formulato da Pietro Bonfante e riferito da V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*[7], cit., p. 215, nota 1. Sull'accorto rifiuto delle magistrature straordinarie, cfr. V. Giuffrè, *La struttura politico-costituzionale e il territorio*, in *Città, territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'Impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 5-8 giugno 2002*, Soveria Mannelli, 2010, pp. 15-16, nonché Id., *Homines militares e status rei publicae. Torsioni di una costituzione*, cit., p. 97, ove osserva: «Augusto enfatizza tra i suoi *gesta* il non aver accettato la dittatura: uomo avveduto, aveva evidentemente notizia e ricordo delle negative esperienze di Silla e di Cesare». Per un accenno, v., da ultimo, L. Canfora, *Augusto. Figlio di Dio*, cit., p. 250 e p. 292.

[64] Tacitus, *Annales*, 1, 3, 7 (ed. H. Goelzer, Paris, 1965, p. 6): *Domi res tranquillae, eadem magistratuum vocabula; iuniores post Actiacam victoriam, etiam senes plerique inter bella civium nati: quotus quisque reliquus, qui rem publicam vidisset?* [All'interno tutto tranquillo, i nomi delle magistrature gli stessi, i più giovani nati dopo la vittoria di Azio, anche la maggior parte dei vecchi durante le guerre civili; quanti rimanevano che avessero visto la Repubblica?]. Sul brano di Tacito, v. da ultimo M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 47-48. Sull'«ambiguità del nuovo regime», v. le osservazioni di G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit., pp. 127 e ss.

Res gestae divi Augusti, 25, 2 (ed. J. Scheid, Paris, 2007, p. 19): *Iuravit in mea verba tota Italia sponte sua, et me belli, quo vici ad Actium ducem depoposcit. Iuraverunt in eadem verba provinciae Galliae Hispaniae Africa Sicilia Sardinia* [Tutta l'Italia di sua spontanea volontà prestò giuramento nelle mie parole, e mi reclamò duce della guerra che vinsi ad Azio. Prestarono giuramento nelle stesse parole le province della Gallia, della Spagna, l'Africa, la Sicilia, la Sardegna].

Si tratta del tentativo di legittimare la propria posizione attraverso il ricorso ad un'investitura plebiscitaria, idonea a creare un rapporto diretto, e in forme del tutto inusitate – perché estranee alla mediazione e al tradizionale funzionamento degli organi costituzionali repubblicani – tra Ottaviano e quanti, cittadini romani o provinciali, erano di fatto sottoposti al suo governo[65].

Il tema del *consensus universorum* ritorna nuovamente nel pensiero e nella propaganda politica del primo imperatore: quando Ottaviano manifestò – in un celebre discorso tenuto il 13 gennaio del 27 a.C. – l'intenzione di ritirarsi a vita privata, il senato, in segno di gratitudine, gli riconobbe il titolo di *Augustus*[66]. Si venne così a creare una situazione del tutto nuova, descritta, nella già richiamata autobiografia imperiale, con queste parole:

Res gestae divi Augusti, 34, 1-3 (ed. Scheid, cit., p. 24): *In consulatu sexto et septimo, postquam bella civilia exstinxeram, per consensum universorum potens rerum omnium rem publicam ex mea pote-*

[65] Cfr. sul punto F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 108 e ss.; G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., pp. 281 e ss.; A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 100 e ss.; M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., p. 31, che evidenzia in proposito come ormai da tempo in Italia si cercasse «un capo unico al di fuori del localismo cittadino».

[66] Sul discorso tenuto da Ottaviano in Senato, v. E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, in E. Gabba, D. Foraboschi *et alii*, *Introduzione alla storia di Roma*, cit., pp. 278-279. Attraverso questo discorso, come è stato opportunamente sottolineato da F. Amarelli, *L'età del Principato*, in F. Amarelli, L. De Giovanni *et alii*, *Storia del diritto romano*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2001[2], p. 82 «Ottaviano allontana da sé l'immagine del *dictator*, del *tyrannus*, del *dominus*, per non dire del *rex*, giungendo a cogliere quanto aveva sperato: la ratifica giuridico-politica della sua supremazia...». Sul punto, v. anche L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., pp. 226 e ss. Per l'esatta ricostruzione del rapporto tra la seduta senatoria del 13 gennaio del 27 a.C. ed il precedente editto del 28 a.C. con cui Ottaviano abrogò invece le disposizioni illegali e ingiuste emanate durante il periodo triumvirale, v. D. Mantovani, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit. Principe e diritto in un aureo di Ottaviano*, in *Athenaeum* 96, 2008, pp. 5 e ss. (ora, con *addendum* bibliografico, anche in *I tribunali dell'impero. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 7-10 giugno 2006)*, Milano, 2015, pp. 41 e ss.).

state in senatus populique Romani arbitrium transtuli. 2. *Quo pro merito meo senatus consulto Augustus appellatus sum et laureis postes aedium mearum vestiti publice coronaque civica super ianuam meam fixta est, et clupeus aureus in curia Iulia positus, quem mihi senatum populumque Romanum dare virtutis clementiaeque iustitiae et pietatis causa testatum est per eius clupei inscriptionem.* 3. *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri, qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt* [Durante il mio sesto e settimo consolato, dopo aver placato le guerre civili, essendo titolare di un potere assoluto per consenso universale, trasferii la *res publica* dalla mia potestà alle libere determinazioni del senato e del popolo romano. 2. Per questo mio merito, fui chiamato Augusto attraverso un senatoconsulto, le porte della mia casa furono ricoperte di alloro pubblicamente, una corona civica fu infissa sulla mia porta e uno scudo d'oro fu collocato nella curia Iulia, con una iscrizione attestante che il senato e il popolo romano me lo donavano in ragione del mio valore, della mia clemenza, della mia giustizia e della mia pietà, come attesta l'iscrizione di questo scudo. 3. Dopo questo tempo, io fui superiore a tutti per prestigio, ma non ebbi affatto una potestà più ampia di tutti quelli che mi furono colleghi nelle singole magistrature].

Ottaviano, placate le guerre civili, detiene un potere assoluto, legittimato da un universale consenso (*per consensum universorum potens rerum omnium*), ma decide di restituire la *res publica* alla libera disposizione del senato e del popolo (*rem publicam ex mea potestate in senatus populique Romani arbitrium transtuli*)[67]. Con senatoconsulto, gli viene attribuito l'appellativo di *Augustus*, insieme ad altri importanti onori[68]. A partire da questo momento, Augusto afferma di essere stato superiore a tutti per *auctoritas*, ma di non aver avuto una *potestas* maggiore di tutti quelli che gli furono colleghi nelle singole magistrature[69].

Mentre il termine *potestas* esprime il potere delle magistrature, il concetto di *auctoritas* è particolarmente ricco di implicazioni originali, che, travalicando i tradizionali

[67] Un nuovo frammento del *monumentum Antiochenum* ha permesso di superare la tradizionale lettura *potitus rerum omnium*: sulla questione e sui suoi risvolti nella definizione delle caratteristiche del Principato augusteo, cfr. per tutti G. Nicosia, *Potens rerum omnium*, cit., pp. 2321 e ss. Per la lettura *potiens rerum omnium*, anziché *potens rerum omnium*, v. ora anche le considerazioni di F. Costabile, *RG 34.1: «[POT]IENS RE[RU]M OM[N]IVM» e l''Edictum de reddenda re publica'*, in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori*, I, *Leges*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, pp. 255 e ss.; Id., *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 95 e ss.

[68] Sul punto, cfr. per tutti E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 278.

[69] Per l'interpretazione di questo passaggio, v. E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 278, nonché V. Giuffrè, *Homines militares e status rei publicae. Torsioni di una costituzione*, cit., p. 94.

confini semantici del lessico pubblicistico romano, assumono concreta rilevanza, anche, e soprattutto, sul piano squisitamente politico e dunque in una sfera metagiuridica[70]. Degno di particolare considerazione è anche il fatto che l'attributo *Augustus* venne reso in greco – accentuando in tal modo il carattere di sacralità che circondava la persona dell'imperatore – con l'appellativo di Σεβαστός[71].

Esattamente è stato osservato a proposito di questo brano che la contrapposizione tra la *potestas* delle antiche magistrature repubblicane e l'*auctoritas* del principe lascia quasi trasparire la dialettica tra il vecchio assetto costituzionale che si avviava al tramonto e il nuovo che stava per affermarsi[72]. In ultima analisi, è possibile affermare che proprio la nozione di *auctoritas* fornisce la spiegazione più penetrante della posizione di supremazia riconosciuta ad Ottaviano all'interno dell'ordinamento. Significativamente, lo stesso Augusto si autoproclama *optimi status auctor* in un editto parzialmente tramandato da Svetonio[73].

Nel 23 a.C. Augusto decise di non ripresentarsi alle elezioni per la carica di console e, in occasione della partenza per un viaggio di ispezione nelle province, accettò sia il conferimento dell'*imperium proconsulare maius et infinitum*, sia quello della *tribunicia potestas* a vita[74].

---

[70] Sia l'aggettivo *augustus* che il sostantivo *auctoritas* hanno radice comune al verbo *augeo* (accrescere, rinforzare). Il termine *auctoritas*, rievoca, sul piano del diritto pubblico, l'*auctoritas senatus*, mentre sul piano del diritto privato, l'*auctoritas tutoris* e l'*obligatio auctoritatis* del *mancipio dans*. Sul punto, v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 278 e ss.; V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*[7], cit., p. 220; G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., pp. 282-283, nonché, da ultimo, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 111.

[71] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 224 e ss.; E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 280, nonché, da ultimo e con particolare riferimento al giudizio espresso da Appiano di Alessandria, pienamente consapevole del mutamento dell'assetto costituzionale intervenuto, L. Canfora, *Augusto. Figlio di Dio*, cit., pp. 246 e ss.

[72] Cfr. A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 111.

[73] Svetonius, *Divus Augustus*, 28, 3 (ed. Ailloud, cit., p. 52): *Quam voluntatem, cum prae se identidem ferret, quodam etiam edicto his verbis testatus est: «Ita mihi salvam ac sospitem rem p. sistere in sua sede liceat atque eius rei fructum percipere, quem peto, ut optimi status auctor dicar et moriens ut feram mecum spem, mansura in vestigio suo fundamenta rei p. quae iecero»* [Questa volontà, non contento di proclamarla a più riprese, egli l'attesta in questi termini anche in un editto: «Che lo stato si mantenga prospero e che io ne consegua la ricompensa, alla quale aspiro, di essere considerato come il fondatore di uno stato felicissimo e, morendo, di portare con me la speranza che le fondamenta della Repubblica che io ho gettato rimangano incrollabili»]. Sull'editto menzionato da Svetonio, v., nella più recente letteratura, F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 120 e ss. e M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 46-47.

[74] F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 168 e ss.

L'*imperium proconsulare* di cui venne investito era *maius* e *infinitum* perché superiore a quello di qualsiasi altro magistrato o promagistrato e non sottoposto a limiti territoriali[75]. La *tribunicia potestas*, oltre a garantirgli l'inviolabilità caratteristica dei tribuni della plebe e l'*intercessio* nei confronti delle iniziative di tutti gli organi costituzionali, si caricava di un forte messaggio politico: Augusto si presentava in tal modo investito di una forte legittimazione popolare e come il difensore delle classi più deboli[76].

Questo messaggio politico veniva ritenuto essenziale e continuamente riproposto, perché Ottaviano, dovendo procedere ad indicare una data, era solito contare gli anni a partire dal conferimento della *tribunicia potestas*[77].

Come è stato recentemente osservato nell'*imperium proconsulare* e nella *tribunicia potestas* si riflette «la centralità dei due fattori divenuti i veri titoli di legittimità del nuovo potere: l'esercito e il popolo»[78].

Il conferimento di questi nuovi poteri, ormai del tutto separati dalla titolarità di una magistratura repubblicana e stabilmente attribuiti ad Ottaviano come prerogativa personale, completa la trasformazione in atto della costituzione romana verso un assetto di tipo monarchico.

Augusto rimarcava la posizione del tutto nuova assunta all'interno dell'ordinamento anche nell'uso del proprio nome: abbandonato quello di *Caius Iulius Caesar*, che gli derivava dall'adozione da parte di Cesare, iniziò ad impiegare quello di *Caesar Augustus*, al quale premetteva, come se fosse un *praenomen*, anche il titolo di imperatore: *Imperator Caesar Augustus*[79].

---

[75] Cfr. E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 279. Per la definizione di tale potere, anche alla luce della scoperta della *Tessera Paemeiobrigensis* (F. Costabile, O. Licandro, *Tessera Paemeiobrigensis. Un nuovo editto di Augusto dalla «Transduriana provincia» e l'imperium proconsulare del princeps*, Roma, 2000, pp. 19 e ss.), recante un editto di Augusto del 15 a.C. ed in cui l'imperatore viene indicato come *proconsul*, v. O. Licandro, *Il proconsolato del principe e le province*, in F. Costabile, O. Licandro, *Tessera Paemeiobrigensis*, cit., pp. 65 e ss., nonché A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 111 e ss.

[76] Cfr. sul punto G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., p. 279; A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., p. 114. Sull'*intercessio* tribunizia, v. per tutti R. Lambertini, *Sull'origine e la natura dell'intercessio tribunizia*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli, 2006, pp. 613 e ss.; Id., *Aspetti "positivo" e "negativo" della sacrosancta potestas dei tribuni della plebe*, in *Diritto@Storia* 7, 2008 – *Memorie. MMD anniversario del giuramento della plebe al Monte Sacro*.

[77] Su tale consuetudine e sul suo significato, v. per tutti V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., p. 218.

[78] L. Capogrossi Colognesi, *Storia di Roma tra diritto e potere*, cit., p. 228.

[79] Cfr. sul punto V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., p. 218, nonché F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., p. 7. Da ultimo, M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 66 e ss., scorge nell'uso di questa titolatura una traccia della depersonalizzazione che investe la figura del *princeps* con l'assunzione del ruolo di rappresentante del pubblico.

Nel tentativo di fornire un'efficace definizione in termini giuridici della singolare architettura costituzionale modellata da Augusto, caratterizzata dalla sopravvivenza almeno formale delle antiche strutture repubblicane, sono state in passato elaborate numerose teorie[80]. L'approccio della storiografia contemporanea al problema, rinunciando a proporre aprioristicamente un modello di spiegazione generale, è indubbiamente più realistico, nella forse più matura consapevolezza del fatto che il Principato si presenta: «come una forma particolarmente complessa di governo, più di qualsiasi altra storicamente determinata da fattori contingenti: la conservazione formale delle strutture cittadine, il loro progressivo esautoramento nel quadro di un governo mondiale, la tendenza lentissima del *primus inter pares* a trasformarsi in monarca, sia pure illuminato»[81].

La costituzione augustea, con il suo caratteristico dualismo, appare comunque realizzare «una peculiare sintesi» tra i due grandi modelli di organizzazione istituzionale conosciuti dal pensiero politico dell'antichità: la πόλις, da un lato, con i suoi organi di governo cittadini, e la *βασιλεία*, il regno sottoposto ad un monarca assoluto, dall'altro[82].

3. Osservazioni conclusive

Come si è avuto modo di vedere, con l'avvento del Principato augusteo si realizzano compiutamente gli effetti di una serie di fattori giuridici, politici, sociali ed economici operanti già negli ultimi due secoli della Repubblica. Il pensiero

[80] Per la critica alla teoria mommseniana della diarchia senato-principe (cfr. Th. Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig, 1893, pp. 340 e ss. [= *Disegno del diritto pubblico romano*^{2}, trad. di P. Bonfante, a cura di V. Arangio-Ruiz, Milano, 1943^2 (rist. Milano, 1973), pp. 400 e ss.]) e la formulazione di quella del protettorato, V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., pp. 215 e ss.; per la discussione delle posizioni assunte dalla dottrina, v. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 263 e ss.; R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, II, *Principato*, Bologna, 1983, pp. 6-7; F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., pp. 126 e ss.; sulla questione, v. ora anche M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 48 e ss., che sottolinea come i contemporanei ebbero comunque molto chiara la percezione del cambiamento.

[81] Così F. Costabile, *Caius Iulius Caesar. Dal dictator al princeps*, cit., p. 128. Sull'impossibilità di adottare un modello di inquadramento unitario per tutto il periodo storico del Principato, v. già A. Guarino, *Gli aspetti giuridici del Principato*, in *ANRW*, II.13, Berlin-New York, 1980, pp. 3 e ss. (= *Studi di diritto costituzionale romano*, II, Napoli, 2008, pp. 355 e ss.).

[82] Così E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 280.

politico dell'antichità non era arrivato a teorizzare forme di rappresentanza politica: le antiche istituzioni della costituzione cittadina, con il loro caratteristico esclusivismo, si erano dimostrate non all'altezza di assicurare l'efficace gestione di un territorio che abbracciava ormai l'intero bacino del mediterraneo[83].

Particolarmente significativa appare a questo proposito la decisa inversione di tendenza, dovuta al genio politico di Cesare e successivamente sviluppata nel corso del Principato, nella considerazione dell'elemento provinciale: dalle semplici logiche di sfruttamento che avevano caratterizzato l'età repubblicana si passa ad una visione, almeno tendenzialmente, più inclusiva e all'adozione di una nuova prospettiva, che diverrà, in prosieguo di tempo, universalistica[84]. La concessione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'impero da parte di Antonino Caracalla rappresenterà l'esito più avanzato del nuovo percorso intrapreso a seguito del mutamento dell'assetto costituzionale[85].

Con la sovrapposizione della figura del *princeps* alle antiche istituzioni repubblicane muta radicalmente il rapporto tra cittadini e Stato. Si realizza un processo di deresponsabilizzazione politica del cittadino, che si accompagna all'acquisto da parte del principe del potere di direzione e di controllo su tutta l'attività pub-

[83] Sul punto, v. E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 279; nonché G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit., p. 112. Sull'assenza di meccanismi di rappresentanza politica nell'antichità cfr. C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris, 1976, p. 290 (= *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, Roma, 1980, p. 274).

[84] Cfr. F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., p. 45. Cesare, oltre ad aumentare il numero di senatori da 600 a 900 e a scegliere i nuovi componenti dell'assemblea soprattutto tra i suoi ex ufficiali di estrazione italica, abolì la provincia della Gallia Cisalpina annettendola all'Italia (su queste riforme v. F. Càssola, L. Labruna, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*, cit., p. 376). Augusto, dal canto suo, seppe valorizzare le *élites* cittadine: dalla biografia di Augusto redatta da Svetonio (*Divus Augustus*, 46, 1) si ha notizia di una forma di voto per corrispondenza riservato ai decurioni delle ventotto colonie da lui fondate in Italia. Sul punto, v. E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., p. 281.

[85] Sulle matrici ideologiche dell'editto del 212 d.C. e il definitivo superamento dell'esclusivismo caratteristico dell'antica πόλις, cfr. le riflessioni di C. Corbo, *Constitutio Antoniniana. Ius, philosophia, religio*, Napoli, 2013, in particolare pp. 63 e ss. Che l'universalismo costituisse la naturale conseguenza della posizione costituzionale assunta dal *princeps* è giustamente sottolineato da V. Marotta, *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in *IAH* 5, 2013, pp. 53 e ss. Sul processo di romanizzazione intervenuto prima della *Constitutio Antoniniana* e soprattutto a partire dall'età di Adriano, v. per tutti A. Guarino, *Gli aspetti giuridici del Principato*, cit., pp. 9 e ss. (= *Studi di diritto costituzionale romano*, II, cit., pp. 361 e ss.).

blica[86]. Il mutamento intervenuto, tuttavia, non si è automaticamente tradotto in un impoverimento dell'azione politica, ma, al contrario, ha saputo garantire la programmazione e il coordinamento necessari a soddisfare le esigenze di governo di un territorio così esteso e complesso[87].

Il merito di tutto questo va anche alla creazione di un nuovo organo costituzionale: il *consilium principis*, formato da persone di fiducia dell'imperatore e tendenzialmente stabile[88]. L'istituzione del *consilium principis* – che assumerà, in prosieguo di tempo, le funzioni di un vero e proprio gabinetto di governo – permetteva di superare le numerose difficoltà cui erano andati incontro gli organi repubblicani nell'elaborare una linea di governo rispondente alle esigenze di una società ormai radicalmente trasformata[89].

Nella nuova architettura costituzionale, la classe dei cavalieri è quella più vicina alla politica dell'imperatore: privi, a differenza delle antiche famiglie della *nobilitas* senatoria, di risalente legittimazione, gli *equites* vedevano nell'impero uno strumento per affermare le proprie aspirazioni. Dal ceto equestre l'imperatore attinse con larghezza per la creazione delle figure della burocrazia imperiale[90].

Al già ricordato mutamento del rapporto tra cittadini e Stato corrisponde anche l'assunzione da parte di quest'ultimo di nuovi compiti: lo Stato si preoccupa

---

[86] Cfr. sul punto M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 51 e ss. Sul progressivo esautoramento degli antichi organi di governo cittadini, v. A. Guarino, *Gli aspetti giuridici del Principato*, cit., pp. 10 e ss. (= *Studi di diritto costituzionale romano*, II, cit., pp. 362 e ss.).

[87] V. M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., p. 56, nonché per una sintesi delle linee politiche perseguite, F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, in F. Arcaria, O. Licandro, *Diritto romano*, I, cit., pp. 241 e ss.

[88] Sulla genesi del *consilium principis*, v. J. Crook, *Consilium principis. Imperial councils and counsellors from August to Diocletian*, Cambridge, 1955 (rist. New York 1975), pp. 31 e ss.; F. Amarelli, *Consilia principum*, Napoli, 1983, pp. 96 e ss. L'istituzionalizzazione si verifica a partire dall'età di Adriano: cfr. sul punto, nonostante la contraria opinione di J. Crook, *Consilium principis*, pp. 56 e ss. (sulla quale v., per una puntuale critica, B. Santalucia, *La giustizia penale*, in *Storia di Roma*, II.3, *L'impero mediterraneo. La cultura e l'impero*, direzione di A. Schiavone, a cura di E. Gabba e A. Schiavone, Torino, 1992, p. 221, nota 25 [= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova, 2009, p. 75, nota 25]), nella più recente letteratura, A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, cit., pp. 152-153, nonché F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, in F. Arcaria, O. Licandro, *Diritto romano*, I, cit., pp. 270 e ss.

[89] L'annualità del consolato era di ostacolo alla programmazione degli interventi e alla pianificazione, mentre il senato, comunque privo di potere normativo ed ipertrofico, si presentava ormai troppo diviso ed eterogeneo. Sul punto, v. le osservazioni di M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 58-59.

[90] F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 41 e ss.; E. Lo Cascio, *La creazione del Principato e l'età augustea*, cit., pp. 297-298; V. Giuffrè, *La struttura politico-costituzionale e il territorio*, cit., p. 17; M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 89 e ss.

di promuovere il benessere degli individui[91]. È possibile segnalare, a questo proposito, numerosi interventi imperiali a favore di categorie sociali deboli, nonché l'adozione di una nuova politica educativa[92]. In età traianea, assunsero particolare importanza le istituzioni alimentari[93].

L'avvento del Principato determinò anche la nascita di un *ius novum*, manifestazione della volontà dell'imperatore, che, sovrapponendosi dapprima alle tradizionali fonti di produzione del diritto[94], finì poi per accompagnare il loro inesorabile declino[95].

---

[91] Cfr. M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari, 2010, p. 177, nonché, più di recente, Id., *Augusto e il Principato*, cit., in particolare pp. 143 e ss., che, in modo suggestivo, richiama proprio il modello dello stato sociale.

[92] Uno dei valori ispiratori della politica imperiale è l'*indulgentia*: cfr. sul punto J. Gaudemet, *Indulgentia principis*, in Università degli Studi di Trieste, *Conferenze romanistiche*, II, tenute da J. Gaudemet, G. I. Luzzatto *et alii*, Milano, 1967, pp. 3 e ss. Sulla remissione dei debiti fiscali frequentemente disposta dagli imperatori già a partire da Augusto, v. A. D. Manfredini, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2013, pp. 107 e ss. Quanto al mutato atteggiamento nei confronti del settore dell'istruzione, Cesare concesse la cittadinanza ai professori di arti liberali residenti a Roma (Svetonius, *Divus Iulius*, 42) ed Augusto si adoperò intensamente per la fioritura delle lettere (Svetonius, *Divus Augustus*, 89). Su queste misure e per la promozione di un sistema di istruzione pubblica, a partire dall'epoca di Vespasiano, cfr. M. Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 150 e ss., nonché, da ultima, L. Di Pinto, *Cura studiorum. Tra pensiero giuridico e legislazione imperiale*, Napoli, 2013, pp. 11 e ss.

[93] Cfr. E. Lo Cascio, *Gli alimenta, l'agricoltura italica e l'approvvigionamento di Roma*, in *Il princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari, 2000, pp. 223 e ss.; Id., *Alimenta Italiae*, *ibidem*, pp. 265 e ss.; G. Mainino, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni alimentari' nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI* 70, 2004, pp. 495 e ss.; E. Lo Cascio, *Il caso degli alimenta*, in *I classici e la scienza. Gli antichi, i moderni, noi*, a cura di I. Dionigi, Milano, 2007, pp. 167 e ss., nonché Pani, *Augusto e il Principato*, cit., pp. 145 e ss.

[94] Gai. 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium* [Gli ordinamenti giuridici del popolo romano derivano da leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni dei principi, editti di coloro che hanno il diritto di emanarli, responsi dei giuristi]. Sul catalogo gaiano, v., nella letteratura più recente, M. Brutti, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 55, 2012, pp. 96 e ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 2012^2, pp. 74 e ss.; V. Giodice Sabatelli, *Atti autoritativi, norme di autoregolamentazione, responsa iurisperitorum*, in *Giuristi, poteri, istituzioni. Scritti di diritto romano*, Bari, 2013, pp. 76 e ss.

[95] Cfr. A. Guarino, *Gli aspetti giuridici del Principato*, cit., pp. 19 e ss. (= *Studi di diritto costituzionale romano*, II, cit., pp. 371 e ss.); F. Serrao, *Le fonti del diritto nella storia della costituzione romana*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, cit., in particolare pp. 451 e ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., p. 82. Più in generale, in relazione al tema dell'attività normativa del principe e alle sue varie manifestazioni, cfr. F. Gallo, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*, 48, 1982, pp. 413

Il diritto romano non cessò, tuttavia, di essere un diritto di matrice essenzialmente giurisprudenziale, come lo era stato in età repubblicana[96]. L'attività normativa del *princeps* – prevalentemente rivolta a disciplinare singole fattispecie concrete – si inserì armonicamente, anche grazie all'apporto della riflessione scientifica dei giuristi, all'interno dell'impianto casistico caratteristico del diritto giurisprudenziale[97].

L'instaurazione del nuovo regime comportò la creazione di forme di controllo sull'attività rispondente dei giuristi, prima liberamente esercitabile: proprio Augusto introdusse lo *ius publice respondendi ex auctoritate principis*, con effetti che tuttavia si rivelarono, nella pratica, meno dirompenti di quanto il primo imperatore avrebbe probabilmente desiderato[98].

L'estrema ambiguità che connotava la struttura costituzionale del Principato – in cui la sostanza monarchica del potere era mascherata dietro l'almeno apparente rispetto per il funzionamento delle antiche istituzioni repubblicane – lasciava aperto il problema della successione al seggio imperiale. L'affermazione di un principio ereditario si sarebbe inevitabilmente scontrata con la legittimazione del potere del *princeps* derivante dall'investitura da parte del senato e del popolo e sarebbe risultata del tutto incompatibile con la nozione stessa di *auctoritas*, legata al possesso di qualità personali e, pertanto, non trasmissibile a causa di morte[99].

---

e ss.; T. Spagnuolo Vigorita, *Le nuove leggi. Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale*, Napoli, 1982, pp. 30 e ss.; V. Marotta, *Mandata principum*, Torino, 1991, pp. 71 e ss.; F. Arcaria, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000, pp. 29 e ss.; F. Tamburi, *I decreta Frontiana*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano, 2009, pp. 273 e ss.; M. Rizzi, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, pp. 15 e ss.

96 Cfr. in particolare D. Mantovani, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in E. Gabba, D. Foraboschi *et alii*, *Introduzione alla storia di Roma*, cit., pp. 465 e ss. Sul carattere giurisprudenziale del diritto romano, v. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, pp. 93 e ss., nonché P. Cerami, v. *Giurisprudenza – Scienza giuridica nel diritto romano*, in *DDP (Sez. Civ.)*, IX, Torino, 1993, pp. 180 e ss. (= *Giurisprudenza e scienza del diritto*, in *AUPA*, 43, 1995, pp. 206 e ss.).

97 Cfr. D. Mantovani, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, cit., p. 466, nonché L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 92 e ss.

98 Cfr. D. Mantovani, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, cit., p. 468, nonché, nella più recente letteratura L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, cit., pp. 82 e ss. e F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, cit., pp. 313 e ss.

99 Cfr., sul punto, F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, cit., pp. 247 e ss. Più in generale, sul problema della successione, v. ampiamente F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 403 e ss., nonché, da ultimo, F. Amarelli, *Itinera ad principatum. Vicende del potere degli imperatori romani*, Napoli, 2010, pp. 29 e ss. Sul ruolo svolto dalle istituzioni repubblicane, v. per tutti A. Guarino, *Gli aspetti giuridici del Principato*, cit., p. 14 (= *Studi di diritto costituzionale romano*, II, cit., p. 366).

Ottaviano seppe trovare una soluzione al problema ricorrendo allo strumento dell'adozione (del resto, egli era stato, a sua volta, adottato da Cesare). L'adozione rendeva possibile, oltre alla trasmissione delle ricchezze, anche il subentro nei rapporti politici facenti capo al *princeps* e l'acquisto di una posizione di particolare prestigio[100]. Nella scelta dei successori, venne comunque tenuto in considerazione il principio dinastico e si fece anche ricorso all'espediente di associare al potere colui che si intendeva designare[101]. La formale investitura avveniva attraverso un atto complesso, consistente nel recepimento di una deliberazione del senato da parte dei comizi, la c.d. *lex de imperio*[102].

Un esempio di tale *lex* ci è pervenuto in via epigrafica: si tratta della *lex de imperio Vespasiani*, con la quale, nel 69 d.C., venne investito del potere l'imperatore Vespasiano[103]. Caratteristica della *lex de imperio* è che i poteri conferiti all'imperatore non vengono precisamente definiti nel loro contenuto, ma individuati solo in relazione alle analoghe facoltà di cui avevano goduto i predecessori: ciò rappresenta la spia di una certa difficoltà nel definire l'ampiezza delle prerogative del *princeps* e il loro fondamento[104].

Che l'investitura del *princeps* avvenisse attraverso il coinvolgimento degli antichi organi della costituzione repubblicana, è stato addotto come argomento per sostenere la possibilità di individuare «un governo democratico (democratico in

[100] V. in proposito le osservazioni di F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, cit., p. 248.

[101] Così, a partire da Marco Aurelio, che associò al potere prima il fratello adottivo Lucio Vero e poi, dopo la morte di quest'ultimo, il figlio Commodo, si ebbero anche casi di «Principato diarchico», come quelli di Settimio Severo e Antonino Caracalla e di quest'ultimo con suo fratello Geta, cfr. sul punto F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, IV.1, cit., pp. 432 e ss.

[102] Alla quale si riferisce un celebre brano del Digesto, D. 1, 4, 1 pr. (Ulp. 1 *inst.*): *Quod principi placuit legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat* [Ciò che ha deciso il principe ha valore di legge: ciò perché con legge regia, che viene emanata per attribuirgli l'imperio, il popolo conferisce a lui ed in lui ogni suo imperio e potestà]. Il brano ulpianeo viene ripreso dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 1, 2, 6), con una significativa modifica – *concessit* in luogo di *conferat* – che sottolinea l'irrevocabilità del conferimento nel nuovo assetto autocratico. Sul punto, v. per tutti M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., p. 178 e nt. 19. Per l'influenza del brano ulpianeo sulla giuspubblicistica medievale cfr. anche Id., *La Repubblica romana*, Bologna, 2010, pp. 130 e ss.

[103] Cfr. l'approfondita discussione di D. Mantovani, *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi (Atti del Convegno, 20-22 novembre 2008)*, a cura di L. Capogrossi Colognesi e E. Tassi Scandone, Roma, 2009, pp. 125 e ss.

[104] Cfr., V. Arangio-Ruiz, *Storia del diritto romano*, cit., pp. 219-220, nonché, da ultimo F. Arcaria, *Da Augusto ai Severi*, cit., p. 249.

quanto "aperto") sia nella "*libera respublica*" dei secoli dal quarto al primo avanti Cristo, sia nello stesso "*principatus*" da Augusto ai Severi»[105]. Altri autori hanno piuttosto individuato nell'avvento di Augusto proprio la fine della democrazia nell'antichità: «il fatto che le magistrature conservassero i loro antichi nomi... non poteva dissimulare la realtà di un potere monarchico del principe con il quale si poteva solo collaborare»[106].

Il dibattito scientifico sul tema continua a risentire del fronteggiarsi di due diverse concezioni del potere e della democrazia, l'una meramente formale, l'altra materiale e tendente a valorizzare l'effettività della partecipazione alla vita politica[107].

In relazione alla stessa possibilità di individuare un governo democratico a Roma non bisogna tuttavia dimenticare le caratteristiche del tutto peculiari dell'assetto costituzionale, che indussero Polibio, in piena età repubblicana e poco prima dell'avvio del grave processo di crisi che interessò le antiche istituzioni cit-

[105] Così A. Guarino, *La democrazia a Roma*, Napoli, 1979, p. 100 (su cui v. anche la recensione di W. Eder, in *ZSS*, 98, 1981, pp. 570 e ss.). Quest'ultimo saggio è stato ripubblicato, con aggiornamenti e ritocchi, e con il titolo *La costituzione democratica romana e le sue vicende* in *SDHI*, 72, 2006, pp. 7 e ss. (= *Studi di diritto costituzionale romano*, I, Napoli, 2008, pp. 357 e ss.). In precedenza, per questo orientamento, v. già A. Guarino, *La democrazia romana*, in *Ann. Cat.* 1, 1946/1947, pp. 91 e ss. (= *Res gestae Divi Augusti*, Milano, 1968², pp. 57 e ss. [= *Pagine di diritto romano*, III, Napoli, 1994, pp. 418 e ss.]); Id., *La crisi della democrazia romana*, in *Labeo*, 13, 1967, pp. 7 e ss. (= *Pagine di diritto romano*, III, cit., pp. 437 e ss. [= *Le orazioni inaugurali dell'Università degli Studi di Napoli Federico II (1861-2001)*, II, *1900-2001*, a cura di M. Martirano, pp. 689 e ss.]). Per un accenno alla questione, v. anche Id., *Democrazia e chimere*, in *Trucioli di bottega. Dodici acervoli*, Napoli, 2005, p. 360. Nella letteratura più recente, C. Cascione, *rec.* a M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., in *Iura*, 64, 2014, p. 401, nota 34, considera le riflessioni di Antonio Guarino «meditate (ma non convincenti, oltre il profilo formale)».

[106] Cfr. A. Marcone, *Democrazie antiche. Istituzioni e pensiero politico*, Roma, 2002, pp. 56 e ss. Per un'impostazione non dissimile, v. anche F. Millar, *Triumvirate and Principate*, in *JRS*, 63, 1973, pp. 50 e ss. (= *Rome, the Greek World, and the East*, I, *The Roman Republic and the Augustan Revolution*, Chapel Hill-London, 2002, pp. 241 e ss.).

[107] V. sul punto le osservazioni di G. Branca, *Democrazia politica e Repubblica romana*, in Università degli Studi di Trieste, Conferenze romanistiche tenute da B. Biondi, M. Kaser *et alii*, Milano, 1960, pp. 199 e ss.; P. Catalano, *Il principio democratico in Roma*, in *SDHI*, 28, 1962, pp. 316 e ss.; nella letteratura più recente, cfr. L. Polverini, *Democrazia a Roma? La costituzione repubblicana secondo Polibio*, in *Popolo e potere nel mondo antico. Atti del convegno internazionale. Cividale del Friuli, 23-25 settembre 2004*, a cura di G. Urso, Pisa, 2005, p. 95 e nota 50. Più in generale, sulle diverse concezioni di democrazia, v. G. Sartori, v. *Democrazia*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, II, Roma, 1992, pp. 742 e ss., nonché L. Canfora, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2004, in particolare pp. 255 e ss.

tadine, ad elaborare la celebre teoria del governo misto[108]. A ciò si aggiunga che le modalità di espressione del voto nelle assemblee della Roma repubblicana erano ben diverse da quelle utilizzate in Grecia e, in particolare, ad Atene[109].

Come ha osservato Francesco De Martino, dunque: «nell'antichità solo in Grecia, anzi solo in Atene possiamo parlare di qualcosa che legittimamente si chiama democrazia. Per Roma non ne possiamo parlare, o almeno possiamo dire che c'è una democrazia formale nel senso della partecipazione, ma non c'è assolutamente nessuna democrazia sostanziale, nel senso sia dell'uguaglianza del voto sia della possibilità di essere eletto. Tant'è vero che se si esaminano i Fasti si trovano per centinaia di anni sempre le stesse famiglie ad esercitare il potere»[110].

---

[108] Secondo D. Mantovani, *Il diritto e la costituzione in età repubblicana*, in E. Gabba, D. Foraboschi *et alii*, *Introduzione alla storia di Roma*, cit., p. 230: «già di per sé il ricorso alla nozione di costituzione mista esclude per definizione che Roma fosse ricondotta, nello schema ternario, al tipo democratico». Sulla costituzione mista, v. R. Bonini, *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, I, *Monarchia e Repubblica*, cit., p. 231; C. Nicolet, *Polybe et la «constitution» de Rome: aristocratie et démocratie*, in *Demokratia et aristokratia. À propos de Caius Gracchus: mots grecs et réalités romaines*, sous la direction de C. Nicolet, Paris, 1983, pp. 15 e ss., nonché A. Marcone, *Democrazie antiche. Istituzioni e pensiero politico*, cit., pp. 51-53. Sulle matrici culturali del pensiero di Polibio e sulla sua influenza nelle epoche successive, v., nella più recente letteratura, M. Miceli, *'Governo misto', «quartum genus rei publicae» e separazione dei poteri*, in *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, cit., pp. 659 e ss. e M. Pani, *Il costituzionalismo di Roma antica*, cit., pp. 52 e ss.

[109] Sulla costituzione democratica di Atene, v. il quadro d'insieme delineato da G. Fassò, *La democrazia in Grecia*, Bologna, 1967[2] (rist. Milano, 1999), pp. 18 e ss. Sulla profonda diversità delle forme di espressione del voto a Roma, cfr. C. Nicolet, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, cit., pp. 280 e ss. (= *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, cit., pp. 274 e ss.), nonché F. Coarelli, *Comitium e Comitia: l'assemblea e il voto a Roma in età repubblicana*, in *Venticinque secoli dopo l'invenzione della democrazia*, Salerno, 1998, pp. 133 e ss.

[110] V. F. De Martino, *Conclusioni*, in *Venticinque secoli dopo l'invenzione della democrazia*, cit., p. 177. Negano che si possa parlare di democrazia a proposito della Roma repubblicana anche G. Branca, *Democrazia politica e Repubblica romana*, cit., pp. 206 e ss.; G. Fassò, v. *Democrazia*, in *NNDI*, V, Torino, 1960, p. 443; M. I. Finley, *Democracy Ancient and Modern*, London, 1973 (= *La democrazia degli antichi e dei moderni*, Roma-Bari, 1973, p. 15, nota 20); E. Gabba, *Democrazia a Roma*, in *Athenaeum*, 85, 1997, pp. 266 e ss., secondo cui «sembra piuttosto difficile fondarsi sul ragionamento polibiano per sostenere che alla metà del II sec. a.C. la partecipazione del popolo nei comizi rappresentasse un valore preminente nel sistema politico romano» (p. 271); L. Canfora, *Se la democrazia degli antichi sia ancora utile per emendare quella dei moderni*, in *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, a cura di C. Altini, Bologna, 2011, p. 63. Valorizza, invece, gli aspetti partecipativi la ricostruzione proposta da F. Millar, *The Political Character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C.*, in *JRS*, 74, 1984, pp. 1 e ss. (= *Rome, the Greek World, and the East*, I, *The Roman Republic and the Augustan Revolution*, cit., pp. 119 e ss.). Per alcune opinioni più sfumate,

Il nuovo assetto costituzionale plasmato da Augusto e denominato Principato sopravviverà per oltre due secoli, trascorsi i quali, dopo un lungo periodo di anarchia militare e con l'avvento al trono di Diocleziano, autoproclamatosi *dominus ac deus*, si affermerà definitivamente una diversa concezione del potere, destinata ad incidere profondamente sui rapporti tra organizzazione statuale e cittadini, ormai ridotti al rango di sudditi di una monarchia assoluta[111]. La legittimazione del potere imperiale trova ormai il suo fondamento nella natura divina dell'imperatore: nasce così un modello di Stato autocratico che comprime ogni spazio di libertà per l'individuo[112].

Mentre la produzione normativa dioclezianea si mantenne ancora legata all'impianto casistico che aveva caratterizzato l'età del Principato, la vera svolta si realizzò con Costantino, che, non mancando di sottolineare a più riprese la contrapposizione tra il passato e il presente, iniziò ad impiegare in modo sistematico *leges generales*, prescrizioni connotate da generalità e astrattezza, che meglio si prestavano ed esprimere la volontà riformatrice del sovrano di uno stato assoluto[113].

Al termine dell'evoluzione, in età giustinianea, l'imperatore è ormai l'unico

---

v., inoltre, Polverini, *Democrazia a Roma? La costituzione repubblicana secondo Polibio*, cit., pp. 90 e ss., secondo cui la costituzione romana «in quanto costituzione mista, è anche democratica» (p. 90); A. Yakobson, *Popular Power in the Roman Republic*, in *A Companion to the Roman Republic*, edited by N. Rosenstein and R. Morstein-Marx, Malden MA, USA, 2006, pp. 383 e ss., che ritiene necessario «to go beyond the traditional dichotomy between "democracy" and "oligarchy", between the power of the People and the power of the elite. The actual content of Roman public life was shaped by a complicated interplay between these powerfull forces» (p. 398), nonché, da ultimo, M. Pani, *La Repubblica romana*, cit., pp. 67 e ss., che, a sua volta, osserva in proposito: «l'aristocrazia è creata dal popolo con la magistratura, che va anche rinnovata nel tempo perché la famiglia nobiliare non decada come tale. L'aristocrazia non è insomma autosufficiente, ma ha bisogno del popolo, già per costituirsi, poi per governare. Né dimentichiamo che anche nelle nostre democrazie il ceto di governo, a un certo livello, è ristretto. Certamente le condizioni sociali meno permettevano un ricambio dal basso nel "mestiere" di uomo politico» (p. 74).

[111] G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit., pp. 134 e ss. e pp. 181 e ss., nonché il mio *Materiali per un corso di storia del diritto romano*, III, *Dominato*, Bologna, 2004, pp. 11 e ss.

[112] Sulle prime attestazioni relative al culto divino della persona dell'imperatore vivente, v. G. Poma, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit., pp. 136-137. Sul nuovo fondamento della legittimità del potere imperiale, cfr. G. Valditara, *Lo stato nell'antica Roma*, cit., pp. 398-399.

[113] Cfr. sul punto N. Palazzolo, *Concezione giurisprudenziale e concezione legislativa del diritto: la svolta costantiniana*, in *Poteri religiosi e istituzioni: il culto di S. Costantino imperatore tra Oriente e Occidente*, Torino, 2003, pp. 171 e ss.

creatore e interprete del diritto[114]. Nella legislazione novellare questo stesso imperatore sarà qualificato come νόμος ἔμψυχος, legge vivente[115].

Mi piace concludere questo breve contributo ricordando quanto è stato scritto da Andrea Giardina e André Vauchez, secondo i quali Roma, dopo il suo declino come potenza politica e la stessa fine della sua civiltà, ha dato forma a «un insieme di rappresentazioni mentali, di modelli estetici e di riferimenti ideologici che si sono trasmessi attraverso i secoli e che hanno permesso alla memoria della città non soltanto di sopravvivere, ma di costituire fino ai nostri giorni un riferimento vivo e operante negli spiriti e nei cuori. Nessun'altra città ha avuto un ruolo paragonabile nella storia della civiltà occidentale»[116].

[114] Cfr. G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, Milano, 1983, in particolare pp. 7 e ss.; U. Vincenti, *Il valore dei precedenti giudiziali nella compilazione giustinianea*, Padova, 1995², pp. 9 e ss.; Id., *I precedenti giudiziali: prospettive romanistiche*, in *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, a cura di U. Vincenti con la collaborazione di G. Santucci, Padova, 1998, pp. 22-23. Il monopolio dell'imperatore sull'interpretazione del diritto era andato progressivamente affermandosi nel corso del Dominato: cfr. CTh. 1, 2, 3 = CI. 1, 14, 1 (a. 316); Nov. Marc. 4 = CI. 1, 14, 9 (a. 454); CI. 1, 14, 11 (a. 474). Più in generale, sull'attività interpretativa dell'imperatore, anche con riferimento ai secoli precedenti, cfr. J. Gaudemet, *L'empereur, interprète du droit*, in *Festschrift für E. Rabel*, II, Tübingen, 1954, pp. 169 e ss. Con particolare riguardo al diritto giustinianeo e bizantino, v. da ultimo S. Puliatti, *L'organizzazione della giustizia dal V al IX secolo*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte, Pavia, 2011, pp. 397 e ss.

[115] Cfr. Nov. 105, 2, 4 (a. 537), Nov. 74, 2, 1 (a. 538), Nov. 89, 10 (a. 539). Cfr. sul punto R. Bonini, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*⁴, Bologna, 1985, p. 83 (= *Lineamenti di storia del diritto romano*, sotto la direzione di M. Talamanca, Milano, 1989², p. 674).

[116] A. Giardina, A. Vauchez, *Il mito di Roma. Da Carlo Magno a Mussolini*, Bari, 2000, p. VII.

Breves consideraciones acerca de la relevancia jurídica de la concepción*

La importancia atribuida a la concepción por el derecho romano ha sido objeto en los últimos años de una conspicua producción doctrinal[1]. Las contribuciones a la discusión que han sido publicadas, sin embargo, no siempre han conducido a un progreso significativo del estado de la cuestión[2].

---

* Pubblicato in *Revista Internacional de Derecho Romano*, VIII, 2012, pp. 1-18.
Agradezco al Dr. Xesús Pérez López su excelente disponibilidad para la discusión y traducción del texto al castellano conmigo.

[1] M. P. Baccari, *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Turín, 2004, pp. 81; Id., *Diritto alla vita tra ius e biotecnologie*, I, *La difesa del concepito*, Turín, 2006, pp. 101; P. Ferretti, '*In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse*'. *L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milán, 2008, pp. 222; M. V. Sanna, *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, en *SDHI* 75, 2009, pp. 147-208; E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milán, 2009, pp. 360 y, más recientemente, C. Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, Pisa, 2009, pp. 334.

[2] Véanse al respecto las observaciones formuladas por F. Zuccotti, *Vivagni. VIII. In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, en *RDR* 8, 2008, pp. 4-15, y Sanna, *rec.* a C. Terreni, '*Me puero venter erat solarium*'. *Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, en *Iura* 59, 2011, pp. 403-416, respectivamente sobre los trabajos de Ferretti y Terreni. En cuanto a esta última autora, debe señalarse igualmente que la elección efectista del título '*Me puero venter erat solarium*' suscita una cierta decepción en el lector. De hecho, no se comprende cómo la frase pronunciada por el *Parassitus* de la *Boeotia* plautina (cfr. A. Gellio, *Noctes Atticae*, 3, 3, 5) y elegida por la autora como título del propio trabajo podría prestarse a describir el objeto de un tratado acerca del concebido. El personaje de Plauto emprende – en los pocos versos de la comedia que nos han llegado – una curiosa y divertida invectiva contra el transcurso del tiempo y su medida, recor-

De manera preliminar, es necesario recordar que el atribuir una consideración al momento de la concepción es característica ya del derecho romano más antiguo. Es a partir de una previsión contenida en la Ley de las XII Tablas que se desarrolla, de hecho, el derecho a la herencia del póstumo, como lo atestiguan algunos pasajes del Digesto[3].

Por lo demás, a lo largo de todo el arco de desarrollo de la experiencia jurídica romana permanece inalterable el principio según el cual el concebido llega a ser capaz jurídicamente sólo en el momento del nacimiento, momento que se identificaba con la separación completa del feto del seno materno (*partus editus*). Resultan particularmente significativas al respecto algunas afirmaciones bien conocidas de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1 [Papin. 19 *quaest.*]) y de Ulpiano (D. 25, 4, 1, 1 [Ulp. 24 *ad ed.*]):

> D. 35, 2, 9, 1 (Papin. 19 *quaest.*): *Circa ventrem ancillae nulla temporis admissa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.*

Papiniano, tratando en el libro décimo noveno de sus *quaestiones* acerca del cálculo de la *quarta Falcidia*, excluye que la calidad de *homo* pudiese serle reconocida al *partus nondum editus* de una esclava[4].

Es aún más explícita la afirmación de Ulpiano:

---

dando que, cuando él era aún un *puer* (y, por lo tanto, ya nacido), su *venter* (es decir, el reclamo de alimento por parte de su estómago) servía como reloj de sol y era, sin duda, el mejor y más preciso de todos. Se trata, como es evidente, de un *misunderstanding* que hace que al lector le surjan, a primera vista, serios y legítimos interrogantes acerca de la calidad científica efectiva de la investigación llevada a cabo por la autora.

[3] Tab. IV, 4 (FIRA, I, p. 36); D. 38, 16, 7 (Cels. 28 *dig.*); D. 38, 16, 6 (Iul. 59 *dig.*); D. 38, 16, 3, 9 (Ulp. 14 *ad Sab.*); D. 38, 16, 3, 11 (Ulp. 14 *ad Sab.*). Acerca de la evolución que, partiendo de la previsión mencionada de la Ley de las XII Tablas, llevó al surgimiento del derecho de herencia del póstumo, cfr. el ya clásico tratamiento de la cuestión por P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*[2], Milán, 1967, pp. 401-407. Para testimonios ulteriores de época arcaica acerca de la relevancia de la concepción v. el cuadro de conjunto del que nos provee ahora Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 7-50.

[4] D. 35, 2, 9 pr. (Papin. 19 quaest.): *In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior*. Sobre este pasaje cfr. ahora Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 308-309.

D. 25, 4, 1, 1 (Ulp. 24 *ad ed.*): *Ex hoc rescripto evidentissime apparet senatus consulta de liberis agnoscendis locum non habuisse, si mulier dissimularet se praegnatem vel etiam negaret, nec immerito: partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum. post editum plane partum a muliere iam potest maritus iure suo filium per interdictum desiderare aut exhiberi sibi aut ducere permitti. extra ordinem igitur princeps in causa necessaria subvenit.*

El jurista excluye la aplicación de los *senatus consulta de liberis agnoscendis* a la mujer que disimulase o negase el propio estado de embarazo. La explicación provista en el texto es que el concebido, antes del nacimiento, es una *mulieris portio vel viscerum*[5]. Se trata de una orientación intelectual cuyas coordenadas culturales pueden buscarse en las aportaciones filosóficas del estoicismo[6].

El mismo Ulpiano justifica la protección asegurada en ciertas hipótesis al concebido mediante el recurso a la noción de *spes nascendi*:

D. 37, 9, 1 pr. (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curam praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit. nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.*

Por lo demás, el mismo jurista de la edad de los Severos aduce idéntica motivación en D. 37, 9, 1, 9 (Ulp. 41 *ad ed.*)[7]. Desde el punto de vista tomado aquí, el feto es solamente una esperanza o expectativa de vida (*spes animantis*):

D. 11, 8, 2 (Marcell. 28 *dig.*): *Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.*

Marcelo hace referencia al tenor de una *lex regia*, de atribución incierta, que habría prohibido el dar sepultura a una mujer embarazada antes de la extracción del feto. Se trata, como ha sido ya correctamente puesto de relieve, de una regla

[5] Para el texto de Ulpiano v. sobre este punto las observaciones de Ferretti, *'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 154-159 (con abundante bibliografía).

[6] En este sentido v. ya E. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milán, 1971, respectivamente pp. 396-397 y pp. 445-447.

[7] D. 37, 9, 1, 9 (Ulp. 41 *ad ed.*): *Sed et si quis ventrem exheredasset: 'qui mihi intra menses tres mortis meae natus erit, exheres esto' vel 'qui post tres menses', venter in possessionem utique mittetur, quia aliquo casu suus heres futurus est: et sane benigniorem esse praetorem in hanc partem oportebit, ne qui speratur ante vitam necetur.*

que pone de manifiesto una religiosidad arcaica[8]. La enunciación de la regla es seguida por la motivación de la prohibición: *qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*[9].

A causa de la expectativa de vida, el derecho civil no omite, especialmente en materia sucesoria, la protección de aquéllos que se encuentran aún en el seno materno:

> D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*): *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.*

Juliano toma en consideración la condición de los concebidos en el derecho civil[10]. Aquéllos que se encuentran en el seno materno *in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*[11]. El jurista revisa distintos supuestos de hecho. El primero y más relevante concierne a la institución de la sucesión legítima. A continuación se toma en consideración el régimen del *postliminium*, enfrentando el caso de la *mulier praegnas capta ab hostibus*. El hijo de esta última gozará del *postliminium* y seguirá la condición del padre o aquélla de la madre. Finalmente, Juliano se concentra en el caso de la *ancilla praegnas subrepta*. Quien haya sido engendrado, incluso en casa de un adquirente de buena fe, no podrá ser usucapido en cuanto que *res furtiva*. La

---

[8] Así Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., p. 25.

[9] Puede compartirse la observación de Ferretti, *'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 84, según la cual no se trataría de la motivación original, sino de aquélla propuesta por el jurista clásico. Puede relacionarse la *ratio* precisada por Marcelo con la norma de época imperial que prohibía la ejecución de la condena capital en la persona de una mujer embarazada (D. 1, 5, 18 [Ulp. 27 *ad Sab.*]). Cfr. sobre este punto Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., p. 23, nt. 49.

[10] Sobre el pasaje de Juliano v. la amplia exégesis de Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 289-297.

[11] Sobre el significado del verbo *intelleguntur*, que se serviría para describir "la constatazione di una realtà da parte dell'interprete" cfr. P. Catalano, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Turín, 1990, pp. 203-204. Sobre este punto v. también Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 94.

relevancia jurídica de la concepción se extiende incluso a la esfera de los derechos de patronato: el liberto, mientras pueda nacer aún el hijo del patrono fallecido, se encuentra en la misma situación de aquéllos que tienen patronos.

La afirmación de la relevancia jurídica de la condición del concebido no aparece aislada. Más aún, como resulta de un pasaje de Gayo, se llega a afirmar que en ciertos casos los póstumos son considerados *pro iam natis*:

> Gai. 1, 147: *Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. hos enim etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit*.

La formulación completa del principio expresado por el brocardo medieval '*conceptus pro iam nato habetur*' no es atribuible, sin embargo, al derecho romano, aún cuando algunos pasajes de las fuentes parezcan sugerirla[12]. El concebido es presentado en las reflexiones de los juristas romanos como merecedor de tutela con respecto a las aspiraciones sucesorias, cuya realización concreta queda, en todo caso, subordinada al evento del nacimiento. Dos fragmentos de Paulo parecen ser particularmente significativos en este sentido:

> D. 1, 5, 7 (Paul. *lib. sing. de port.*): *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit.*

[12] Cfr. también Ep. Gai 2, 3, 2: *Posthumorum duo genera sunt: quia posthumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint, et illi, qui post testamentum factum nascuntur. Et ideo, nisi is, qui testamentum facit, in ipso testamento comprehenderit 'quicumque filius aut filia mihi natus natave fuerit, heres mihi sit', aut certe dicat, 'exheres sit', valere non potest eius testamentum: quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est condicio posthumae quam natae, quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, posthuma vero, sicut mascules, testamentum rumpit*. D. 29, 2, 30, 1 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *Quod dicitur: 'proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnas est aut putatur esse, adire hereditatem non potest: sed si scit non esse praegnatem, potest' accipe proximus a ventre, qui suum heredem pariturus est. et non solum ad testatos haec verba, verum ad intestatos quoque pertinent. et in eo ventre idem accipias, qui legitimum vel consanguineum pariturus est, quoniam mortis tempore qui in utero est, quantum ad moram faciendam inferioribus et sibi locum faciendum si fuerit editus, pro iam nato habetur. idemque et per bonorum possessionem edictalem denique praetor ventrem mittit in possessionem*. Sobre estos fragmentos v., con conclusiones que, en sustancia, pueden compartirse, Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 337-342.

D. 50, 16, 231 (Paul. *lib. sing. ad S. C. Tertullianum*): *Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem non prodest nisi natus*.

Precisamente la concepción basada sobre las aportaciones filosóficas del estoicismo, según la cual el feto es una *mulieris portio vel viscerum* (D. 25, 4, 1, 1 [Ulp. 24 *ad ed.*]), impidió que el aborto fuese sometido a sanciones penales[13]. De hecho, sólo en época de Septimio Severo y Antonino Caracalla llegó a sancionarse con pena de exilio a la mujer que, por odio al cónyuge, hubiese abortado después del divorcio. Del rescripto imperial nos dan noticia tres fragmentos del Digesto (D. 48, 19, 39 [Tryph. 10 *disp.*]; D. 48, 8, 8 [Ulp. 33 *ad ed.*]; D. 47, 11, 4 [Marcian. 1 *reg.*])[14].

En D. 48, 19, 39 (Tryph. 10 *disp.*) la mención del rescripto de Septimio Severo y Antonino Caracalla aparece precedida por el recuerdo del episodio narrado por Cicerón (*Pro Cluentio*, 32) acerca de la condena capital con la cual fue sancionada la conducta de la mujer de Mileto, que había recibido de los herederos que estaban a continuación del póstumo en el orden de sucesión dinero para abortar siguiendo sus instrucciones:

D. 48, 19, 39 (Tryph. 10 *disp.*): *Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est.*

Sin embargo, no parece posible inferir de la mención aislada de Trifonino que el aborto hubiese sido sometido a sanción penal antes de la intervención imperial de época de los Severos[15]. Como es sabido, Cicerón recuerda el aborto

[13] En este sentido, cfr. en particular, en la doctrina más reciente, G. Galeotti, *Storia dell'aborto*, Bologna, 2003, pp. 23-27.

[14] Sobre estas fuentes cfr. ampliamente Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 413-428; en la literatura reciente, Ferretti, *'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., pp. 136-144 y Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 291-296.

[15] En contra Sanna, *La rilevanza del concepimento nel diritto romano classico*, cit., p. 172: "la circostanza che Trifonino riferisca il caso della *Pro Cluentio* farebbe pensare ad una repressione penale dell'aborto precedente al rescritto". Según M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Turín, 2011, p. 112, el

y la condena capital de la *Milesia quaedam mulier*, aparejándola con la conducta – considerada como más reprochable – que había desarrollado Opiánico al asesinar a su cuñada Auria: *Oppianicus inventus est qui in uno corpore plures necaret*[16]. El texto de Cicerón ha sido tomado en consideración agudamente y en profundidad por Enzo Nardi, quien, tras subrayar que la conducta de la *Milesia quaedam mulier* era esencialmente idéntica a aquélla desarrollada por la viuda de Magio (*Pro Cluentio*, 35), argumentaba que, no estando el aborto sometido a incriminación en el derecho romano, Cicerón habría utilizado la condena de Milesia para sostener la tesis de una responsabilidad agravada de Opiánico por homicidio[17].

---

testimonio de Cicerón demostraría la posibilidad de que en época tardo-republicana la *lex Cornelia de sicariis et veneficis* se aplicase también a los casos de aborto.

[16] Cicerón, *Pro Cluentio*, 32: *Memoria teneo Milesiam quandam mulierem, cum essem in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi ipsa medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam; nec iniuria, quae spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiae, designatum rei pulicae civem sustulisset. Quanto est Oppianicus in eadem iniuria maiore supplicio dignus! si quidem illa, cum suo corpori vim attulisset, se ipsa cruciavit, hic autem idem illud effecit per alieni corporis mortem atque cruciatum. Ceteri non videntur in singulis hominibus multa parricidia suscipere posse: Oppianicus inventus est qui in uno corpore plures necaret.*

[17] Cfr. Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, cit., p. 220. Se detiene en el pasaje de Cicerón también Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 285-286. Esta última, casi contraponiendo el propio punto di vista a aquél del autor de origen mantuano, formula algunas observaciones: "credo, d'altra parte, che, trattandosi di un processo che si svolgeva di fronte alla *quaestio de sicariis*, la 'maggiore responsabilità' non possa venire riferita altro che all'intervento di un'aggravante. La circostanza lascia intravedere come l'osservazione ciceroniana… trascenda il puro piano oratorio per far leva sul dato corrispondente ad una generalizzata convinzione ed identificabile, appunto, nella separazione concettuale tra gestante e feto, valutati quali individui distinti" (p. 285). Si bien se mira, la conclusión de la autora no presenta novedad alguna. A este respecto, baste con recordar que debe atribuirse precisamente a Nardi el mérito de haber puesto de relieve cómo la oratoria de Cicerón se apoyaba sobre la "concezione popolare per cui l'aborto è uccisione del feto", con la consecuencia de que "chiunque cagioni la morte d'una donna incinta – e non solo Oppianico – potrebbe dirsi autore di omicidio" (cfr. *Procurato aborto nel mondo greco e romano*, cit., p. 219). El brío crítico de Terreni conduce, por lo demás, a una ulterior perplejidad cuando a continuación afirma inesperadamente: "Appare, secondo me, non condivisibile anche il rilievo dello stesso Nardi intorno alla singolarità dell'accostamento della *Milesia quaedam* all'omicidio di Auria, moglie di Oppianico (Cic. Cluent. 31), anziché al procurato aborto della vedova di Magio, anch'essa sposa del medesimo personaggio (Cic. Cluent. 21)" (pp. 285-286). Dejando de lado la mala comprensión de las ideas de Nardi, debe señalarse además algún otro error, como el que concierne a *Auria*, en realidad mujer del hermano de Opiánico (*Pro Cluentio*, 31-32) y la identificación incorrecta entre Magia, mujer de Opiánico y hermana de Gneo Magio, luego fallecida (*Pro Cluentio*, 21), y la viuda del propio Magio, con la que Opiánico terminó casándose (*Pro Cluentio*, 35).

La intervención imperial no se justifica por el influjo del cristianismo, sino por la voluntad de proteger el interés del marido a tener su propia descendencia[18]. En este sentido se expresa Marciano:

D. 47, 11, 4 (Marcian. 1 *reg.*): *Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse.*

Las líneas maestras de la consideración jurídica del concebido se mantienen sustancialmente inalteradas en el derecho justinianeo, sin que sea posible conjeturar solución de continuidad alguna con respecto a los planteamientos clásicos[19].

Revisando la legislación justinianea del *Codex* encontramos una referencia a la noción de *spes nascendi*, que hemos visto ya elaborada por la jurisprudencia clásica y, en particular, por Ulpiano (D. 37, 9, 1 pr. [Ulp. 41 *ad ed.*]; D. 37, 9, 1, 9 [Ulp. 41 *ad ed.*]):

C. 7, 4, 14 pr. (*Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*, a. 530): *Cum inter veteres dubitabatur, si fideicommissariam libertatem possibile esset relinqui servo, qui adhuc in ventre portaretur et homo fieri speraretur, nos vetus iurgium decidentes libertatis favore censemus et fideicommissariam nec non directam libertatem suam firmitatem habere sive in masculo sive in femina, quae adhuc in ventre vehatur materno, ut cum libertate solem respiciat, etsi mater sua adhuc in servitute constans eum vel eam ediderit.*

Nos encontramos ante una de las *quinquaginta decisiones*, claramente inspirada en el principio del *favor libertatis*[20]. El emperador reconoce, disipando autorizadamente las dudas precedentes que habían surgido al respecto, la posibilidad de dar la libertad a un esclavo aún en gestación a través de un fideicomiso[21].

---

[18] Así E. Cantarella, *Persone, famiglia e parentela*, en *Diritto privato romano. Un profilo storico*[2], dirigido por A. Schiavone, Turín, 2010, p. 204. Non parece que deba compartirse la opinión de Ferretti, *'In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse'. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, cit., p. 144: "non ci sembra inverosimile… che tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo, una volta affermata e condivisa l'idea del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza, il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia come atto lesivo di un'individualità". En sentido contrario, v. las fundadas observaciones de Zuccotti, *Vivagni. VIII. In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?*, cit., pp. 13-14.

[19] V. en este sentido ya E. Nardi, *Il procurato aborto nel mondo greco romano*, Milán, 1971, pp. 605-618; cfr. ahora también Bianchi, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, cit., pp. 343-344.

[20] V. sobre la cuestión por todos M. Varvaro, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, en *AUPA* 46, 2000, pp. 496-497.

[21] Sobre la constitución cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale*, Milán, 1956, p. 429.

De la misma manera, en el derecho justinianeo la adquisición de posiciones jurídicas subjetivas continúa a estar subordinado al evento del nacimiento del individuo:

> C. 6, 29, 3 (*Imp. Iust. A. Iuliano pp*., a. 530): *Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest.* 1. *Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet <apparere eo* Lenel*>, quod et, si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, vi vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans mostrum vel prodigium.*

Esta última constitución, que puede contarse también entre las *decisiones*, resuelve una controversia de la jurisprudencia antigua acerca de los efectos de la preterición del póstumo que, aún habiendo nacido vivo, no hubiese emitido el primer lloro y hubiese luego fallecido[22]. Justiniano acoge la opinión expresada sobre la cuestión por los Sabinianos, según la cual el nacimiento del póstumo con vida, aún cuando no hubiese emitido lloro alguno, habría determinado la ruptura del testamento, dado que este último efecto se habría producido igualmente en el caso en que el póstumo hubiese nacido mudo. El emperador bizantino reconoce por lo tanto que la ruptura del testamento se verificaría si el póstumo hubiese nacido *vivus perfecte*, aún cuando se hubiese malogrado inmediatamente después del nacimiento, por haber caído al suelo o fallecer en manos de la comadrona. Se precisa también de manera concluyente que la ruptura del testamento se verificaría a renglón seguido del nacimiento del póstumo con vida, con tal de que éste no fuese un *mostrum* o un *prodigium*.

Para el significado de la referencia a la *humanitas* contenida en C. 7, 4, 14, 1 v. G. Crifò, *A proposito di humanitas*, en *'Ars boni et aequi'. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von M. J. Schermaier und Z. Végh, Stuttgart, 1993, pp. 79-91.

[22] Sobre la referencia a los *veteres* contenida en la constitución v. ahora la exégesis de S. Di Maria, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del Codice*, Bolonia, 2010, pp. 80-82.

Debe subrayarse, además, que también la disciplina de los póstumos permanece sustancialmente inalterada en las Instituciones de Justiniano (I. 2, 13, 1), que retoman, sin innovar, Gai. 2, 131[23].

Es posible, por tanto, afirmar a modo de conclusión que la orientación del legislador justinianeo en materia de condición jurídica del concebido no se separa de los resultados a los que llegó la elaboración jurisprudencial clásica. Una prueba significativa de ello la constituye la inserción en el Digesto de los fragmentos de Papiniano (D. 35, 2, 9, 1 [Papin. 19 *quaest.*]) y de Ulpiano D. 25, 4, 1, 1 (Ulp. 24 *ad ed.*) arriba analizados[24]. Por lo tanto, no parece que pueda compartirse la hipótesis según la cual los comisarios de Justiniano habrían llevado a cabo intervenciones de interpolación sistemáticas sobre los textos clásicos, tratando así de adecuarlos a los motivos propios del pensamiento cristiano[25].

Aún cuando del punto de vista metodológico la posibilidad de intervenciones por parte de los comisarios de Justiniano no pueda ser excluida a priori, no parece convincente en absoluto la hipótesis de un legislador atareado en la adecuación de los textos de la jurisprudencia a los motivos del pensamiento cristiano, sin que de ello se sigan consecuencias apreciables en lo que se refiere a la disciplina jurídica de las instituciones.

---

[23] Reenviamos sobre este punto a Nardi, *Procurato aborto nel mondo greco romano*, cit., pp. 608-609, quien se detiene igualmente en el lugar correspondiente de la Paráfrasis de Teófilo (ed. Ferrini, p. 171). Sobre las reglas que se refieren a la ruptura del testamento como consecuencia de la supervivencia del póstumo cfr. P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, *Parte speciale*, Milán, 1956, pp. 643-647.

[24] V. sobre la cuestión, para algunas observaciones exactas, Sanna, *rec*. Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 405-408 e p. 415.

[25] Cfr. Terreni, *'Me puero venter erat solarium'. Studi sul concepito nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 70-72. La autora avanza sospechas de interpolación sobre D. 11, 8, 2 (Marcell. 28 *dig.*), en relación con el tenor de la motivación expresada por el jurista *spem animantis cum gravida peremisse videtur* (que parece en cambio posible que provenga de la orientación intelectual madurada por la jurisprudencia clásica: cfr. al respecto *supra*). Son formuladas también hipótesis de interpolación a propósito de D. 38, 8, 1, 8 (Ulp. 46 *ad ed.*), para el que es tachado de sospechoso el pasaje *quia non fuit proximus cognatus ei, quo vivo nondum animax fuerit*. La *Interpolationenjagd* personal emprendida lleva finalmente a la Terreni a hallar otros tres "*emblemata Triboniani*" (pp. 154-157). Si trataría, en particular, de la inserción del adverbio *paene* en el período inicial de D. 1, 5, 26 (Iul. 69 *dig.*), del *quodammodo* en D. 38, 16, 7 (Cels. 28 dig.) y del inciso *licet non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erit* en D. 37, 6, 2 pr. (Paul. 41 *ad ed.*).

La misericordia nelle fonti giurisprudenziali romane*

Scopo di questa mia breve ricerca è quello di dare conto dell'impiego del termine *misericordia* nelle fonti giuridiche romane con particolare riferimento alle fonti giurisprudenziali del Digesto e ciò, soprattutto, al fine di confermare la classicità della sua utilizzazione nel linguaggio dei giuristi e, se ciò risultasse ragionevolmente dimostrabile, di individuare i contesti in cui veniva utilizzato e di chiarirne il significato[1].

A tale proposito è ovviamente necessario procedere preliminarmente a un censimento delle occorrenze. Ne risulta che la parola *misericordia* compare complessivamente tredici volte in otto diversi testi del Digesto. Sette di questi, con ben dodici citazioni, provengono dai commentari edittali di Paolo e Ulpiano, cui si af-

---

* Pubblicato in *Annali del Seminario Giuridico* (*AUPA*), LX, 2017, pp. 317-332.

[1] La letteratura in argomento è piuttosto esigua: cfr. W. Litewski, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in Archivium juridicum Cracoviense 5, 1972, 91 ss. (il riassunto è apparso in IVRA 24, 1973, 494 ss.). Si limita a valutare la portata del sintagma *misericordia ductus* in alcuni luoghi ulpianei (D. 4.3.7.7 [Ulp. 11 *ad ed.*], D. 11.3.5 pr. [Ulp. 23 *ad ed.*], D. 16.3.7 pr. [Ulp. 30 *ad ed.*]), e nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.3.6), il contributo di A. D. Manfredini, *Misericordia ductus*, in RIDA 3e série 39, 1992, 204 ss. Per l'idea che l'apprezzamento della misericordia, «considerata dai pagani come segno di debolezza», sia frutto della penetrazione dei nuovi valori cristiani cfr. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia – le persone*, Milano 1952, 164 ss. Osserva che il termine *misericordia* non è mai usato dalle costituzioni imperiali fino all'avvento del cristianesimo, rinunciando, al contempo, ad intraprendere un'indagine sui testi contenuti nel Digesto per la problematica individuazione degli interventi di interpolazione J. C. Tate, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire*, in Journal of Law and Religion 24, 2008-2009, 135 e nt. 67.

fianca un ulteriore caso in cui il termine ricorre in un testo che si dice tratto dalle *Pauli sententiae*, peraltro noto solo attraverso la compilazione di Giustiniano[2]. A ciò si può aggiungere che, probabilmente sulla scia di un modello classico, il termine si incontra, benché una sola volta, anche nelle Istituzioni imperiali[3].

Il primo aspetto da sottolineare, peraltro di immediata evidenza, è che si tratta di testimonianze piuttosto omogenee sia sotto il profilo cronologico, sia sotto quello della tipologia delle opere in cui è dato riscontrare l'uso del termine. Tutte le attestazioni, se si eccettua il brano delle *Pauli sententiae* su cui mi soffermerò alla fine della presente indagine, risultano infatti inserite in frammenti tratti dai grandi commentari edittali della giurisprudenza severiana. La circostanza sembra essere di qualche interesse perché il comportamento spontaneamente altruista che il termine esprime nel linguaggio dei giuristi diventa elemento di valutazione della fattispecie o parametro per la determinazione delle conseguenze giuridiche dei comportamenti presi in considerazione nell'editto, in un contesto in cui evidentemente risultava confacente allo scopo perseguito il tener conto della motivazione che aveva orientato la condotta del soggetto agente.

Nella nostra indagine dobbiamo prendere le mosse da un testo paolino relativo all'editto *de calumniatoribus*:

> D. 3.6.7 pr. (Paul. 10 *ad ed.*): *Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor. si autem non mandatu meo alius ei licet misericordiae causa dederit ne fiat neque ratum habui, tunc et ipsum repetere et me in quadruplum agere posse*.

[2] Cfr. D. 3.6.7 pr. (Paul. 10 *ad ed.*): '*misericordiae causa*'; D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): '*si non misericordia ductus*', '*si misericordia*'; D. 11.3.5 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): '*misericordia ductus*'; D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): '*misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni*', '*misericordiae modus*'; D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): '*misericordia ductus*', '*misericordiam exercuit*'; D. 42.3.6 (Ulp. 64 *ad ed.*): '*misericordiae causa*'; D. 47.8.4.6 (Ulp. 56 *ad ed.*): '*misericordiam provocat*', '*sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam*'; Paul. Sent. 2.24.10 = D. 25.3.4: '*misericordiae causa*'. Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, III/2, editus per M. Meinhart, Berlin-New York 1983, 1924.

[3] Cfr. I. 4.3.16: '*misericordia ductus*'. Secondo C. Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR 13, 1900 (pubbl. 1901), 189 (= *Opere*, II, Milano 1929, 402-403), il paragrafo delle Istituzioni di Giustiniano deriverebbe da Gai. 3.219, ma «oscura è l'origine dell'ultima parte, verosimilmente alterata». Peraltro, come vedremo, appare abbastanza evidente il rapporto con D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*).

L'editto *de calumniatoribus* sanzionava con un'azione nel quadruplo, se esercitata entro l'anno, oppure in *simplum*, colui il quale avesse ricevuto del denaro affinché intentasse un processo, o si astenesse da un processo, a scopo di calunnia[4].

Più precisamente, il brano prende in considerazione l'ipotesi in cui qualcuno riceva del denaro per non intentare un processo calunnioso nei confronti di una terza persona («*Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat*»). Se chi ha dato il denaro ha agito su mandato del terzo, o è un suo *procurator omnium rerum*, o, altrimenti, risulterà essere un semplice gestore d'affari e il terzo abbia ratificato, è come se la dazione del denaro fosse stata posta in essere dal terzo ('*si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor*')[5]. Pertanto il terzo potrà agire nei confronti di chi ha ricevuto il denaro in forza delle previsioni dell'editto, salvo l'ulteriore possibilità di ottenere la restituzione di quanto pagato attraverso l'esercizio della *condictio ob turpem causam*. Diversamente accade nell'ipotesi in cui chi ha dato il denaro abbia agito senza un mandato – e particolarmente qualora abbia dato il

---

[4] Cfr. D. 3.6.1 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*): *In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.* Per la ricostruzione dell'editto, cfr. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig 1927, 106 ss., nonché, per due proposte più recenti, J. García Camiñas, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1994, 116-122 e R. Domingo, *¿Existió un título edictal IX De calumniatoribus?*, in SDHI 60, 1994, 637 ss. (quest'ultimo autore nega in radice la possibilità di individuare un titolo *de calumniatoribus* e ritiene che un unico editto fosse contenuto in un più ampio titolo, nell'ambito del quale sarebbe stato collocato anche l'editto *de negotiis gestis*). Sulla previsione edittale, v. anche G. Provera, *Riflessi privatistici dei «pacta de crimine»*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1965, 544 ss.; C. Venturini, *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1987, 140 (= *Scritti di diritto penale romano*, I, Padova 2015, 554); D. A. Centola, *Alcune osservazioni in tema di calumnia nel processo privato romano dalla Repubblica al Principato*, in SDHI 66, 2000, 187 nt. 76; C. Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 129 ss.; A. M. Giomaro, *Per lo studio della calumnia. Aspetti di "deontologia" processuale in Roma antica*, Torino 2003, 40 ss., nonché, da ultimo, S. Sciortino, *Intorno a Interpretatio Theodosiani 9.39 'De calumniatoribus'*, in AUPA 52, 2007-2008, 254 e nt. 125.

[5] Cfr. C. F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, V, Erlangen 1843, 388-389 (= *Commentario alle Pandette*, direttori F. Serafini e P. Cogliolo, III, tradotto ed annotato da C. Ferrini, Milano 1886, 210); per l'osservazione secondo cui la «*datio* viene costruita come atto del gerito stesso», v. E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 67-68. Prende in considerazione il brano, ritenendolo interpolato ed offrendo una proposta di restituzione del suo tenore originario, S. Solazzi, *Procuratori senza mandato*, in RIL 56, 1923, 739-740 (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 572-573). Per l'esegesi del brano, cfr., nella letteratura più recente, J. García Camiñas, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus* cit., 59 s.

denaro per misericordia – e il terzo non abbia ratificato ('*si autem non mandatu meo alius ei licet misericordiae causa dederit ne fiat*'). In questa seconda ipotesi il terzo potrà comunque agire contro chi ha ricevuto il denaro in forza delle previsioni edittali, ma sarà chi ha materialmente versato il denaro che potrà ripeterlo per mezzo dell'apposita *condictio*.

Pertanto, nel caso di specie, l'aver agito *misericordiae causa*, e quindi al di fuori di ogni ipotesi di rappresentanza, legittima l'agente alla ripetizione attraverso un'azione che si affianca a quella comunque prevista dall'editto *de calumniatoribus*. Tale azione, che sarebbe altrimenti spettata al terzo, diviene in questo caso esperibile a beneficio di chi abbia effettivamente provveduto all'esborso della somma. A ben vedere l'aver agito *misericordiae causa* incide, dunque, sulla soluzione adottata dal giurista nel senso di delimitare il confine delle rispettive pretese del terzo e di chi abbia versato il denaro e costituisce, a livello esemplificativo, una spiegazione dei motivi che possono aver indotto qualcuno al pagamento a prescindere e indipendentemente dall'esistenza di un rapporto giuridico preesistente.

Altre attestazioni dell'impiego del termine provengono, come abbiamo accennato, dai libri *ad edictum* di Ulpiano. La prima testimonianza da prendere in considerazione, peraltro piuttosto nota e già ampiamente studiata, riguarda l'azione di dolo:

> 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.*

Ulpiano si sta occupando del carattere sussidiario dell'azione, che viene appunto concessa dal pretore solo ove difetti ogni altro rimedio, secondo le parole dell'editto, che il giurista severiano commenta, '*si alia actio non sit*'[6]. Dalla trattazione ulpianea apprendiamo che Labeone si era interrogato sulla possibilità che venisse

[6] Cfr. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: 'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo'*. Per la ricostruzione della corrispondente previsione edittale, v. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., p. 114 ss. Sulla sussidiarietà dell'azione di dolo, v. B. Albanese, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961, 173 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 20 ss.; P. Lambrini, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, 27 ss., 43 ss.; Ead., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in L. Garofalo (a cura di) *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 278 ss.

concessa l'*actio de dolo* nel caso in cui qualcuno avesse liberato lo schiavo altrui in ceppi[7]. Ulpiano menziona l'opinione contraria di *Quintus – auctor incertus*, forse da identificare con Quinto Cervidio Scevola, più che con Quinto Claudio Venuleio Saturnino[8] – secondo il quale, se chi avesse liberato lo schiavo altrui non fosse stato mosso da misericordia, sarebbe stato tenuto per furto, altrimenti, qualora fosse stato invece indotto a liberare lo schiavo da un sentimento di misericordia, sarebbe stato tenuto sulla base di un'*actio in factum*[9]. Secondo l'opinione riportata

[7] Secondo J. C. Naber, *Observatiunculae de iure Romano*, in Mnemosyne 26, 1898, 275 e nt. 6, sarebbe senz'altro possibile individuare una risposta affermativa del giurista augusteo: «Edicto exprimitur, ne postuletur de dolo actio si alia sit; est autem e Quinti sententia in hac specie alia actio: furti si non misericordia ductus servum exolveris, sin misericordia, in factum. Ergo Quintus non adfirmavit sed negavit, actionem de dolo ex hac causa dandam esse; interpungendum igitur est post *ait*, ut adfirmaverit Labeo». Il romanista olandese aggiunge in nota: «Causa erroris fuit verbum dicendi in Quinto non expressum». Sulle difficoltà di ricostruire con precisione la posizione labeoniana, v. nella letteratura più recente A. D. Manfredini, *Misericordia ductus* cit., p. 207 nt. 10, nonché F. Cursi, in Ead., R. Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 172-175.

[8] Per la possibilità che si tratti di Quinto Cervidio Scevola, sulla base della testimonianza di D. 47.6.6 (Scaev. 4 *quaest.*), cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960; Roma 2000), 1229. In questo senso, v. anche J. C. Naber, *Observatiunculae de iure Romano* cit., 275 e nt. 5, nonché G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 144 nt. 400. Di diverso avviso è P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*[2], Leipzig 1912, 200 nt. 73, secondo cui si tratterebbe di Quinto Saturnino. L'opzione di quest'ultimo autore è seguita da C. A. Cannata, *Saturninus*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 362 (= L. Vacca [a cura di], *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 377). Identifica senz'altro il giurista con Quinto Venuleio Saturnino, C. Venturini, in S. Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, *1-4*, Milano 2005, 299. Sui problemi posti dall'identificazione di *Quintus*, cfr. anche, con ulteriore bibliografia, A. D. Manfredini, *Misericordia ductus* cit., 213-214 e nt. 20; F. Cursi, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone* cit., 173 e nt. 106; da ultimo J. A. González Romanillos, *El liber singularis de poenis paganorum de Claudius Saturninus. Identificación y datación del jurista*, Granada 2014, 19-20 nt. 1 e 100.

[9] V. sul punto A. Pernice, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, Halle 1878, 409 e nt. 12, che riteneva che l'*actio in factum* venisse concessa in sostituzione dell'*actio doli*; in questo senso v. anche P. de Francisci, Σύναλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 68 s. Di diverso avviso è C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. Pessina (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, Milano 1905 (rist. dell'estratto, Roma 1976), 56, secondo cui «l'azione *in factum* non è altro che un sostitutivo dell'azione *ex lege Aquilia* per danneggiamento». Sul dibattito dottrinale relativo alla natura dell'*actio in factum* menzionata dal frammento, con richiami alla più risalente letteratura, v. B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, in AUPA 21, 1950, 85, nonché A. D. Manfredini, *Misericordia ductus* cit., 208-209 nt. 11.

da Ulpiano sembra potersi dire che l'agire compassionevole possa determinare una attenuazione della responsabilità, in qualche modo "derubricando" l'illecito commesso da furto a semplice danneggiamento[10]. Nel caso specifico il riferimento è da intendersi verosimilmente a un'*actio in factum legis Aquiliae*, dal momento che chi libera lo schiavo altrui in ceppi arreca appunto un danno al *dominus*, che nella fattispecie si determina senza produrre una lesione materiale del bene (si tratta evidentemente di un *damnum* non arrecato *corpore corpori*)[11].

La fattispecie della liberazione dello schiavo altrui in ceppi per misericordia è peraltro ripresa anche dalle Istituzioni di Giustiniano – nell'unico brano che contiene un riferimento alla *misericordia* – proprio per dare conto di quest'ultima forma di tutela[12]:

> I. 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*.

L'unico riferimento al motivo della misericordia presente nelle Istituzioni di Giustiniano si pone dunque in linea di derivazione diretta dal dibattito giu-

[10] Cfr. C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 56, il quale ritiene che non venga concessa l'*actio doli*: «perché manca evidentemente l'artificio o il raggiro, che costituisce dolo nel senso specifico dell'*actio doli*». Per il rapporto tra le nozioni di furto e di danno, v. le osservazioni di B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia* cit., 91, secondo cui la questione posta si dovrebbe ricondurre «alle controversie relative alla differenziazione tra le nozioni di furto e di danno, non presentando il caso del servo sciolto né l'elemento di lucro, richiesto per il furto, né quello della materiale lesione del *corpus*, richiesto per il danno». Per l'ipotesi che Labeone non fosse sicuro della riconducibilità della fattispecie al furto «in quanto, pur essendoci una perdita da un lato e una *contrectatio* dall'altra, mancava una sottrazione a vantaggio del soggetto attivo», v. nella letteratura più recente C. Pelloso, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 269 nt. 309. Secondo F. Cursi, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone* cit., p. 174, la misericordia «si configura come un criterio alternativo all'intento lucrativo che spinge, invece, a preferire l'azione di furto».

[11] Cfr. in particolare A. Corbino, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustinianea del danno aquiliano*, in *Studi per G. Nicosia*, Milano 2007, 32 s., nonché, da ultima, L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 81.

[12] Cfr. per tutti L. Desanti, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale* cit., 81, secondo cui il caso affrontato da D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*), viene riportato nelle Istituzioni di Giustiniano come esempio di danno cagionato *non corpori*, sanzionato dall'*actio in factum legis Aquiliae.*

risprudenziale classico, sul quale è opportuno a questo punto ritornare, per esaminare due ulteriori luoghi ulpianei. La seconda testimonianza di Ulpiano che contiene il lemma *misericordia* concerne le previsioni contenute nell'editto *de servo corrupto*:

> 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 vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur*.

L'editto *de servo corrupto* sanziona, con una pena nel doppio del valore del pregiudizio arrecato, la condotta di chi abbia accolto presso di sé lo schiavo o la schiava altrui o di chi li abbia persuasi a commettere qualcosa con dolo, in modo da deteriorarli[13]. Il commento del giurista precisa che l'elemento soggettivo è richiesto anche per la condotta di chi abbia offerto rifugio al servo, in modo tale che sia tenuto in forza delle previsioni dell'editto solo chi abbia agito con dolo. Non sarà invece tenuto chi abbia offerto rifugio al servo per custodirlo nell'interesse del padrone, o altrimenti mosso da umanità o misericordia, o per altro valido e giusto motivo[14]. In questo caso, l'aver agito *misericordia ductus* esclude la possibilità di individuare l'elemento soggettivo del dolo.

---

[13] Cfr. D. 11.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo'*. Sull'editto, v. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 175. Sulle previsioni edittali e sull'*actio servi corrupti*, cfr. B. Albanese, *Actio servi corrupti*, in AUPA 27, 1959, 5 ss., nonché G. Longo, *D. 11, 3*, in BIDR 64, 1961, 199 ss. (= *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 733 ss.). Nella più recente letteratura, v. B. Bonfiglio, *Corruptio servi*, Milano 1998, 11 ss. (su cui cfr. la recensione di C. Venturini, in SDHI 66, 2000, 472 ss.); F. Reduzzi Merola, *A proposito della corruptio servi: questioni terminologiche*, in R. Grisolia, G. Matino (a cura di), *Forme e modi delle lingue e dei testi tecnici antichi*, Napoli 2012, 247 ss.; Ead., *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio*, in *Hommes, cultures et paysages de l'Antiquité à la période moderne. Mélanges offerts à J. Peyras*, Rennes 2013, 215 ss.; Ead., *Servus fugitivus e corruptio servi*, in *Quasi secundum hominum genus. Studi su schiavi e sottoposti in diritto romano*, Napoli 2014, 54 ss.

[14] La *littera Florentina* contiene la lezione *adprobata* in luogo di *alia probata* (cfr. Mommsen, *Editio maior*, *ad h.l.*). C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 57, ritiene interpolato solo il sintagma '*vel adprobata atque iusta ratione*'. Sulla chiusa del brano e per il superamento dei dubbi sulla sua genuinità, in precedenza avanzati dalla critica (cfr. B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II cit., 171, che ritiene «estranea all'ordine delle idee del giurista» l'esemplificazione '*vel humanitate… ratione*', nonché G. Longo, *D. 11, 3* cit., 205 [= *Ricerche romanistiche* cit., 739]), v. B. Bonfiglio, *Corruptio servi* cit., 67 e, da ultima, F. Reduzzi Merola, *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio* cit., 216.

Un'ulteriore testimonianza ulpianea dell'impiego del termine *misericordia* si incontra nel commento all'editto *de sumptibus funerum*[15]:

D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit. igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni. potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem.*

Il pretore prometteva un'azione, denominata *actio funeraria*, per ottenere da colui '*ad quem ea res pertinet*', il rimborso delle spese sostenute per un funerale[16]. La rifusione spettava solo nel caso in cui le spese fossero state sostenute con l'intenzione di recuperarle e, anzi, un rescritto di Antonino Caracalla negò l'azione a chi avesse agito nell'adempimento di un *officium pietatis*[17].

---

[15] Cfr. D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: 'quod funeris causa sumptus factus erit, eius reciperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo'*. Sull'editto, v. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 229 s.; con particolare riferimento al rapporto con l'editto *de negotiis gestis*, cfr. G. Pacchioni, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*[3], Padova 1935, 17 ss.; G. Donatuti, *Actio funeraria*, in *SDHI* 8, 1942, 48 ss. (= *Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 641 ss.); A. Cenderelli, *Gestione d'affari ereditari, ed editto "de sumptibus funerum": punti di contatto ed elementi di differenziazione*, *in Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 265 ss. (= *Scritti romanistici*, Milano 2011, 249 ss.), nonché A. Palma, v. '*Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)*', in Enc. dir. 42, Milano 1990, 14 ss.

[16] Che dovesse trattarsi di un *cadaver alienum*, «che non si è tenuti a seppellire a proprie spese» (così G. Donatuti, *Actio funeraria* cit., 53 [= *Studi di diritto romano*, II cit., 647]), risulta, oltre che dal paragrafo in esame, anche da Paul. Sent. 1.21.10: *Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus eius aliquid impenderit, recipere id ab herede vel a patre vel a domino potest*. Cfr. anche D. 11.7.31.1 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Qui servum alienum vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem.*

[17] Cfr. G. Donatuti, *Actio funeraria* cit., 59 (= *Studi di diritto romano*, II cit., 654); S. Tondo, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, in AG 153, 1957, 50; sulla portata del rescritto di Caracalla, v. anche C. Beduschi, *Hereditatis aditio*, I, *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza classica*, Milano 1976, 84 ss. Per l'attribuzione ad Antonino Caracalla, cfr. inoltre G. Gualandi, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, 186 ss. (= rist. Bologna 2012, 127 ss.). Diversamente, A. Sicari, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari 1996, 231, che attribuisce l'intervento a Severo Alessandro.

Ulpiano ritiene, a sua volta, che il giudice debba indagare sull'intenzione di chi ha effettuato i funerali: '*utrum negotium quis defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni*'[18]. Il giurista, tuttavia, afferma altresì che la *pietas* e la misericordia nei confronti del defunto non possono essere sufficienti a escludere in ogni caso la possibilità di esperire l'azione. Si deve tener conto, infatti, anche della possibilità che l'atteggiamento pio e misericordioso di chi abbia pagato le spese funebri fosse diretto semplicemente a impedire che il defunto '*insepultus iaceret*', e non quello di farsi carico delle spese ('*non etiam ut suo sumptu fecerit*'). Dunque l'atteggiamento misericordioso nei confronti del defunto non è sufficiente ad escludere la possibilità di esperire l'azione, ma costituisce oggetto di accertamento il reale intento di chi abbia pagato le spese del funerale e della sepoltura. Il giurista suggerisce conclusivamente, e a scopo cautelare, di redigere *testationes* per evitare l'instaurazione di future controversie: '*oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem*'[19].

Proseguendo nell'analisi dei luoghi ulpianei in cui ricorre il termine *misericordia*, è necessario richiamare ora D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), che prende in considerazione una fattispecie di responsabilità da inadempimento:

> D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio ad 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 suspicere talem causam quam decipere.*

Il commento del giurista severiano all'editto del pretore si sofferma sull'azione spettante contro il sequestratario che, mosso da misericordia, abbia liberato lo schiavo che gli era stato affidato affinché venisse sottoposto a tortura[20]. Si tratta

---

[18] Sul punto v. in particolare A. Cenderelli, «*Gerere negotium humanitatis*», in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli 1984, 793 ss. (= *Scritti romanistici* cit., 307 ss.).

[19] Su queste *testationes*, cfr. ampiamente J. Vážný, *La funzione della "testatio" nel diritto funerario romano*, in AUPA 8, 1921, 488 ss., nonché P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*[2], Milano 1967, 596. Nella più recente letteratura, v. A. Palma, v. '*Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)*' cit., 16 ss.

[20] Cfr. G. Broggini, *Introduction au sequester*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne 1963, 48, che osserva come nel caso di specie si intendesse acquisire la confessione dello schiavo da utilizzare in un processo come mezzo di prova. Sul brano, con particolare riferimento alla *mala mansio*, v. da ultima A. Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna 2011, 33 ss.

di stabilire se il sequestratario sia responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione di custodire lo schiavo. La regola da applicare al caso concreto è che il sequestratario risponde a titolo di dolo. La condotta del sequestratario che libera lo schiavo per misericordia è infatti ritenuta da Ulpiano riconducibile al dolo ('*dolo proximum esse quod factum est arbitror*')[21].

La motivazione fornita dal giurista è che il sequestratario ha esercitato la misericordia intempestivamente. Quest'ultimo avrebbe potuto non accettare l'incarico, piuttosto che trarre in inganno chi gli aveva in precedenza affidato lo schiavo. La circostanza è significativa perché, mentre in altre fattispecie il comportamento misericordioso dell'agente esclude il dolo, nel caso preso in considerazione dal giurista l'aver agito *misericordiae causa* è considerato '*dolo proximum*'. Nella fattispecie, ci troviamo di fronte a un rapporto contrattuale, con la conseguenza che chi ha assunto un impegno non può disattenderlo, anche se ciò sia avvenuto per un ripensamento successivo *misericordiae causa*[22].

[21] La dottrina più risalente, a partire da A. De Medio, *Studi sulla "culpa lata" in diritto romano*, BIDR 17, 1905, 5 ss., con riferimento al frammento in esame, 26 (seguito sul punto da C. Longo, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, 51 ss.), ha dubitato della genuinità del brano in ragione dell'orientamento secondo cui l'equiparazione della *culpa lata* al dolo sarebbe di matrice bizantina (sul punto, v. anche A. D. Manfredini, *Misericordia ductus* cit., 225 e nt. 46). Per una diversa posizione, v. già V. Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Napoli 1935 (rist. 1958), 35 s., 253 s., che evidenzia «lo sforzo di pensiero compiuto dal giurista per riportare la decisione sotto il concetto del dolo» (254 nt. 1). Contro i sospetti di interpolazione in precedenza avanzati dalla critica cfr. anche B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, II cit., 172, n. 2, che, da parte sua, osserva: «non credo si possa attribuire ad un legislatore cristiano il concetto che un atto di misericordia sia dolo *proximus*». Secondo L. Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 2006, 114, Ulpiano, nel ritenere il comportamento del sequestratario riconducibile al dolo, rivelerebbe «un certo imbarazzo». L'autrice richiama in nota la testimonianza di D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*), osservando che «in un caso analogo i giuristi escludono espressamente il dolo». In realtà, come abbiamo visto *supra*, la mancata concessione dell'*actio doli* sembra piuttosto derivare nella riflessione scientifica di *Quintus* – dalla quale Ulpiano non si discosta – dalla disponibilità di altri rimedi. Nella più recente letteratura, v. anche A. Bellodi Ansaloni, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta* cit., 36, nt. 48, secondo cui l'espressione impiegata nel frammento sarebbe «tecnicamente debole».

[22] Cfr. R. P. Rodríguez Montero, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano*, Santiago de Compostela 2015, 57 e nt. 47, che osserva in proposito come «una conducta, calificada como moralmente intachable, pudiese ser estimada como un obrar doloso cuando existiese el deber de comportarse de una determinata manera».

Un'ulteriore testimonianza ulpianea, in cui è dato riscontrare la presenza del termine *misericordia*, è relativa all'editto *de turba*[23]:

D. 47.8.4.6 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit, vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat: si dolo malo eius damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur. verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit. eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum etiam non coactis hominibus: at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit vel ipse ex turba fuit.*

Il commento di Ulpiano si sofferma sull'individuazione della condotta oggetto di riprovazione, con particolare riferimento all'elemento soggettivo del dolo[24]. Si considera il caso in cui qualcuno abbia provocato con il suo arrivo o abbia radunato una *turba* ('*Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit*'), nonché l'ipotesi in cui quest'ultima si sia spontaneamente riunita per le grida di qualcuno, o per qualche altro fatto, o mentre veniva sostenuta un'accusa o per misericordia ('*vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat*')[25]. Il giurista precisa in

[23] L'editto puniva con un'azione, *in duplum* se esercitata entro l'anno, la condotta di chi con dolo avesse arrecato un danno in una *turba.* La relativa clausola edittale è riferita in D. 47.8.4 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo'.* Per la ricostruzione dell'editto, v. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 395-396. Su tale previsione e sul suo rapporto con la clausola *vi bonorum raptorum*, v. in particolare M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, 10, nonché G. Longo, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova 1970, 466 ss.

[24] Cfr. D. 47.8.4.4-5 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Hoc autem edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo malo fecerit, ut in turba damni quid daretur, sive illo venerit sive non fuerit praesens: dolus enim malus etiam absentis esse potest.* 5. *Hoc edicto dicendum est etiam eum teneri, qui venit et in turba fuit auctor damni dandi, si tamen et ipse inter turbam fuit, cum damnum daretur, et dolo malo fuit: nam et huius dolo malo in turba damni quid factum esse negari non potest.* Su questi paragrafi, cfr. per tutti L. Vacca, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*, Milano 1972, 55 e nt. 14 (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, Napoli 2015, 105 e nt. 14).

[25] La frase contenente il riferimento alla *misericordia* è considerata emblematica da G. Longo, *La repressione della violenza nel diritto penale romano* cit., 467. Sul brano, v. ampiamente L. Vacca, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 48 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 98 ss.).

proposito che la previsione dell'editto non richiede che sussista in capo al convenuto l'intenzione di riunire la turba, ma semplicemente che il danno sia stato arrecato dolosamente ('*si dolo malo eius damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur*'). L'editto, infatti, non prende in considerazione la condotta di chi abbia riunito la *turba*, ma solo quella di chi nella *turba* abbia arrecato un danno con dolo ('*verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit*').

Il giurista si sofferma quindi sulle differenze che intercorrono tra le previsioni dell'editto *de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum* e quelle contenute nell'editto *de turba*[26]. Nel primo si prende in considerazione il danno cagionato con dolo da un gruppo di persone appositamente radunate o comunque determinato dalla sottrazione violenta di una cosa, anche senza che ciò sia avvenuto ad opera di un gruppo di persone organizzato ('*eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum etiam non coactis hominibus*')[27], nell'editto *de turba* rileva invece il danno che sia stato arrecato con dolo nell'ambito di una *turba*, anche se chi lo abbia materialmente arrecato non abbia riunito la *turba*, ma questa si sia spontaneamente riunita per le sue grida, o per le sue parole, o per un sentimento di misericordia o, anche, se sia stata radunata da altri e l'agente si sia trovato semplicemente in mezzo alla folla ('*at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit vel ipse ex turba fuit*')[28].

---

[26] Cfr. D. 47.8.2 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo'.* Su questa previsione cfr. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 391 ss.; M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, cit., 2 ss., nonché L. Vacca, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 47 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 97 ss.). Secondo H. Niedermeyer, *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte juristischer Begriffe*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano 1930, 406, sarebbe spuria l'intera chiusa del frammento, da *eritque* a *ex turba fuit.*

[27] Per l'ipotesi dell'interpolazione del passaggio *vel raptum etiam non coactis hominibus*, v. M. Cohn, *Zur römischen Vereinsrecht*, Berlin 1873, 195; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschicte*, II.1, Leipzig 1901, 1338; O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 393 s., nonché M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* cit., 264. Per una diversa interpretazione, cfr. L. Vacca, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 52 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 102 ss.), che ritiene possa invece trattarsi di un glossema esplicativo.

[28] V. sul punto O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II cit., 764 nt. 4, che individua una glossa nelle parole *vel si… fuit*. Più radicale l'opinione di M. Balzarini, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* cit., 264 s., secondo cui l'intera proposizione avversativa con cui si chiude il sesto paragrafo

L'ultima attestazione dell'impiego del termine *misericordia* nella produzione scientifica ulpianea è costituita da un frammento in materia di *beneficium competentiae* riconosciuto al *bonis cedens*[29]. In particolare, il giurista prende in considerazione a quali condizioni sarebbe stato possibile promuovere una seconda *bonorum venditio* contro colui il quale avesse effettuato la *cessio bonorum*[30]:

D. 42.3.6 (Ulp. 64 *ad ed.*): *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate? et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesiit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est.*

---

del frammento costituirebbe «una glossa riassuntiva e conclusiva, peraltro per nulla esaustiva, nonostante l'intento del suo autore, delle varie fattispecie passibili di sanzione».

[29] Cfr. D. 42.3.4 pr. (Ulp. 59 *ad ed.*): *Is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur.* I. 4.6.40: *Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari*. Per la previsione edittale relativa alla *cessio bonorum* e sulla responsabilità del *bonis cedens* per i debiti *ex ante gesto*, cfr. O. Lenel, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., risp., 414 e 430 ss. L'espressione *beneficium competentiae* non è, com'è noto, romana: sul punto, v. O. Clerici, *Sul beneficium competentiae in diritto romano*, Torino 1900 (rist. Napoli 1982), 9 ss., nonché A. Levet, *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927, xv ss. Sul tema, cfr. inoltre G. Ferrari, v. *Beneficia*, in NNDI 2, Torino 1958, 314; P. Voci, v. *Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in Enc. Dir. 15, 1966, 428 s.; V. Giuffrè, *Profili politici ed economici della «cessio bonorum»*, in Rivista di studi salernitani 4, 1971, 3 ss.; Id., *La c.d. «lex Julia» de bonis cedendis*, in Labeo 18, 1972, 173 ss. (= *L'indennizzo dei creditori senza rovinare il debitore*, in *Esperienze romane e moderne*, Napoli 2013, 51 ss. [= *La «bonorum cessio» del «decoctor»*, in *Momenti della «iuris scientia». Per la coscienza del giurista moderno. Scritti emigrati*, Madrid 2015, 207 ss.]); M. Marrone, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae*, in AUPA 36, 1976, 5 ss. (= *Studi in onore di A. Arena*, III, Padova 1981, 1313 ss. [= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 299 ss.]); A. Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*[2], Napoli 1978 (rist. 2015), 38 ss.; J. Gildemeister, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986, 33 ss. (su cui v. anche le recensioni di M. Marrone, in IVRA 37, 1986, 141 [= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 1053]; A. Burdese, in SDHI 53, 1987, 395 [= *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova 2009, 576]; C. Masi Doria, in Labeo 34, 1988, 353).

[30] Il giurista sta prendendo in considerazione l'editto *De actionibus, quae ex ante gesto adversus fraudatorem competunt*. Per la collocazione palingenetica del frammento, cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, II cit., 794, nonché Id., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3] cit., 430 ss.

Il frammento ricorda che colui il quale avesse posto in essere una *cessio bonorum* non avrebbe potuto subire una nuova *bonorum venditio*, se il suo patrimonio non avesse raggiunto una certa consistenza ('*Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt*')[31]. Il giurista prende quindi in considerazione i criteri in base ai quali valutare la misura dell'incremento patrimoniale ('*unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate?*'). Secondo Ulpiano, la valutazione deve essere ispirata ad un criterio quantitativo ('*et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesiit*').

Si deve tener conto, inoltre, delle esigenze alimentari del debitore. Se dunque chi ha effettuato la *cessio bonorum* ha ottenuto qualcosa *misericordiae causa*, per esempio un mensile o un sussidio annuale per gli alimenti, non si deve procedere alla vendita dei suoi beni: il debitore non deve essere privato degli alimenti quotidiani ('*dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis*'). Lo stesso dovrà ritenersi anche se gli è stato concesso, o è stato disposto in suo favore per legato, un usufrutto, in forza del quale viene percepito solo quanto gli basta per gli alimenti ('*idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est*')[32].

Dunque se un debitore ha effettuato una *cessio bonorum*, contro di lui è proponibile la *bonorum venditio* solo se ha nel frattempo acquistato una sufficiente quantità di beni, al di là di ciò che gli fosse stato lasciato *misericordiae causa*. L'agire con mi-

---

[31] I dubbi sulla genuinità del brano espressi da S. Solazzi, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli 1943, 174 ss., sono superati da M. Marrone, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae* cit., 33 ss. (= *Studi in onore di A. Arena*, III cit., 1331 s. [= *Scritti giuridici*, I cit., 317 s.]). Esprime forti riserve sull'autenticità del frammento anche A. Guarino, *La condanna nei limiti del possibile*[2] cit., *praecipue* 123 e 144.

[32] V. sul punto M. Pampaloni, *Questioni di diritto giustinianeo*, in RISG 52, 1912, 216 e nt. 8, che ritiene il brano interpolato in ragione dell'osservata tendenza giustinianea ad estendere la facoltà di dedurre l'*aliquid sufficiens* a tutti i debitori che godevano del *beneficium competentiae*. La proposta di restituzione di Muzio Pampaloni non comporta tuttavia l'espunzione del riferimento alla misericordia. Secondo Pampaloni, Ulpiano avrebbe escluso che «l'acquisto di un credito per gli alimenti, o di un diritto di usufrutto equivalente ad esso, permettesse, per sé solo, l'iterazione della *venditio*». Secondo lo stesso autore, inoltre, *concessus* avrebbe sostituito *in iure cessus* nella originale scrittura ulpianea. Il brano è invece senz'altro ritenuto genuino da P. P. Zanzucchi, *Sul c.d. beneficium competentiae*, in BIDR 29, 1916, 101. Suggerisce di emendare *concessus* in *in iure cessus*, anche A. Levet, *Le bénéfice de compétence* cit., 212 nt. 194. Diversamente, S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I[2], Napoli 1935, 230 ss. (con riferimento al testo in esame, v. soprattutto 233 e nt. 1), che ritiene in ogni caso spuria la deduzione dell'*aliquid sufficiens ne egeatur*.

sericordia è ancora una volta parametro dell'agire di chi sia mosso da spirito compassionevole nei confronti di altri. In questo caso, tuttavia, è rilevante che quanto acquisito dopo la *cessio bonorum* costituisca reddito alimentare: la *misericordia* è solo il motivo che può indurre qualcuno al lascito.

L'ultima fonte di carattere giurisprudenziale da prendere in considerazione è un paragrafo delle *Pauli sententiae*, impiegato dai compilatori nella redazione del Digesto e noto solo grazie alla compilazione di Giustiniano:

> PS. 2.24.10 = D. 25.3.4: *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, qui ipse non habet.*

Il brano è stato collocato dai compilatori nel titolo D. 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis* e viene coerentemente inserito nella ricostruzione critica del testo delle *Pauli sententiae* nel titolo Paul Sent. 2.24 *De liberis agnoscendis*[33]. Vi si stabilisce un'equiparazione tra l'uccisione, l'abbandono, la privazione degli alimenti e l'esposizione *misericordiae causa* dell'infante.

In ragione del diverso regime dell'esposizione attestato dalle fonti per l'età classica (in età classica l'esposizione di neonati è atto del tutto conforme a diritto), la dottrina dubita fortemente della riferibilità del contenuto del brano al pensiero di Paolo[34]. È stata, altresì, messa in evidenza l'indiscutibile

---

[33] Cfr. *Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii. Edidit* Paulus Krueger, in *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum. Ediderunt* Paulus Krueger, Theodorus Mommsen, Guilelmus Studemund. *Tomus alter*, Berolini 1878, 74; *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquias in usum maxime academicum compositas a* Ph. Eduardo Huschke *editione sexta aucta et emendata ediderunt* E. Seckel et B. Kuebler. *Voluminis alterius fasciculus prior*, Lipsiae 1911, 59; *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars altera. Auctores. Edidit notisque illustravit* Johannes Baviera..., Florentiae 1940[2] (rist. 1968), 350; v. anche M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Pauli sententiae. Testo e interpretatio*, Padova 1995, 49. Sostanzialmente conforme sul punto, anche se con una diversa numerazione dei titoli, è la palingenesi proposta da D. Liebs, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung*, in ZSS 113, 1996, 165, che inserisce il frammento sotto il titolo Paul. Sent. 2.28(24) *De liberis agnoscendis*. Sulla datazione dell'opera, cfr. Id., *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*[2], Berlin 2005, 46-50.

[34] Cfr. E. Volterra, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustinianei*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, I, *Bologna*, Pavia 1934, 95 (= *Scritti giuridici*, IV, Napoli 1993, 201); F. Lanfranchi, «*Ius exponendi*» *e obbligo alimentare nel Diritto romano classico*, in SDHI 6, 1940, 20 ss.; E. Volterra, v. *Esposizione dei nati. Diritto greco e diritto romano*, in NNDI, VI, Torino 1960, 879; M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in SDHI 49, 1983, 213 ss.; M. Memmer, *Ad servitutem aut ad lupanar… Ein*

affinità esistente tra questo luogo paolino e un brano delle *Divinae Institutiones* di Lattanzio[35]:

> Lattanzio, *Divin. Inst.*, 6.20.21-23 [ed. E. Heck, A. Wlosok, Berolini et Novi Eboraci 2009, 616-617]: *quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Num possunt innocentes existimari, qui viscera sua in praedam canibus obiciunt et, quantum in ipsis est, crudelius necant quam si strangulassent?* 22. *quis dubitet, quin impius sit, qui alienae misericordiae locum tribuit? qui, etiamsi contingat ei quod voluit, ut alatur, addix certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar.* 23. *quae autem possint vel soleant accidere in utroque sexu per errorem, quis non intellegit, quis ignorat? quod vel unius Oedipodis declarat exemplum duplici scelere confusum. tam igitur nefarium est exponere quam necare*.

Beitrag zur Rechtsstellung von Findelkindern nach römischem Recht – unter besonderer Berücksichtigung von §§ 77, 98 Sententiae Syriacae, in ZSS 121, 1991, 67 ss.; da ultimo, A. Lovato, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico*, in *Ravenna capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I, *Saggi*, Santarcangelo di Romagna 2015, 252: «il brano riflette una visione lontanissima dagli orientamenti classici, e tendente – contro il principio di intangibilità della potestà paterna – a combattere con ogni mezzo la pratica della *expositio*, equiparandola appunto alla *necatio*». Una diversa posizione è tuttavia espressa, nella letteratura più recente, da S. Tafaro, *Diritto alla vita e infanticidium*, in Diritto@Storia 11, 2013, 10 ss., secondo cui il testo delle *Pauli sententiae* testimonierebbe un convincimento diffuso e radicato nell'epoca in cui visse il giurista. Prende in considerazione il brano, con specifico riferimento all'interpretazione di Nov. 115.4.1 (e dunque senza discuterne la genuinità), S. Kursa, *La diseredazione nel diritto giustinianeo*, Bari 2012, 153. Merita inoltre di essere segnalata la posizione K. Harper, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425*, Cambridge 2011, 418, secondo cui il testo delle *Pauli Sententiae*, lungi dal riferirsi all'esposizione come crimine, sarebbe diretto solo a precisare il venir meno degli obblighi alimentari dei figli verso i genitori conseguente all'esposizione.

[35] V. a questo proposito M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano* cit., 214 e nt. 106, secondo cui l'ipotizzata alterazione del brano delle *Pauli sententiae* risalirebbe ad età pregiustinianea; cfr. anche R. Martini, *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana, in Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno internazionale*, Perugia 1988, 431-432, nonché A. Lovato, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico* cit., 252. Sull'opera di Lattanzio e sulla sua conoscenza del diritto romano, che risulta significativamente, tra l'altro, dal fatto che il retore assume come modello delle *Divinae Institutiones* le trattazioni istituzionali scritte dai *prudentes* (*Divin. Inst.* 1.1.12 [ed. E. Heck, A. Wlosok, Monachii et Lipsiae 2005, 4]: *et si quidam prudentes et arbitri aequitatis institutiones civilis iuris compositas ediderunt, quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent, quanto melius nos et rectius divinas institutiones litteris persequemur, in quibus non de stillicidiis aut aquis arcendis aut de manu conserenda, sed de spe, de vita, de salute, de immortalitate, de deo loquemur, ut superstitiones mortiferas erroresque turpissimos sopiamus?*), cfr. in particolare C. Ferrini, *Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice*, in Memorie Accad. Scienze Modena II serie 10, 1894, 195 ss. (= *Opere*, II, Milano 1929, 467 ss.), nonché J. Gaudemet, *Lactance et le droit romain*, in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti II° Convegno internazionale*, Perugia 1976, 83 ss. Sulle coordinate culturali della posizione assunta dal retore cristiano in materia di esposizione degli infanti, v. J. C. Tate, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire* cit., 126 s.

Del resto, il testo attribuito a Paolo, lungi dal riflettere il pensiero del giurista classico, dà conto, in realtà, di una costituzione di Valentiniano I, contenuta solo nel Codice di Giustiniano, che assoggetta a pena capitale chi espone la propria prole violando gli obblighi alimentari[36]:

> C. 8.51(52).2 pr. (*Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 374): *Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit.*

È dunque ragionevole ipotizzare che il testo delle *Pauli sententiae* sia stato quantomeno ampiamente rimaneggiato, sia per la connessione contenutistica con la costituzione di Valentiniano, sia per il richiamo alla *misericordia* che per la prima volta sembra riecheggiare temi dell'etica cristiana.

---

[36] C. 8.51(52).2 pr. contiene, in realtà, un semplice richiamo alla pena che è stata stabilita («*animadversioni quae constituta est subiacebit*»). Il riferimento è, probabilmente, a CTh. 9.14.1 (*Imppp. Val[entini]anus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum p[raefectum] p[raetori]o*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, erit capitale istud malum.* Quest'ultima costituzione è contenuta anche in C. 9.16.7(8) (*Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum*. Sul punto, cfr. S. Tafaro, *Diritto alla vita e infanticidium* cit., 11; nonché, A. Lovato, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico* cit., 251 e nt. 22. Manifesta una certa prudenza nella definizione della portata normativa dell'intervento, M. Corbier, *Child exposure and abandonment*, in S. Dixon (ed.), *Childhood, Class and Kin in the Roman World*, London-New York 2001, 59 s. Secondo K. Harper, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425* cit., 416 ss., C. 8.51(52).2 non avrebbe affatto assoggettato a pena capitale l'esposizione degli infanti, ma solo regolato, sulla scia dell'intervento costantiniano del 331 (CTh. 5.9.1), le conseguenze dell'esposizione sul piano dei rapporti potestativi. Deve essere ricordato che il primo paragrafo di C. 8.51(52).2 sanziona gli espositori con la perdita del loro diritto sugli esposti: *Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit.* Giustiniano ha, tuttavia, operato una saldatura in un contesto unitario, tra la legge di Valentiniano I che stiamo prendendo in considerazione e una successiva costituzione di Onorio, emanata a Ravenna nel 412, tradita dal Codice Teodosiano. Cfr. CTh. 5.9.2 (*Impp. Honor. et Theod. AA. Melitio pp.*, a. 412): *Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio*. L'ipotesi cui si riferisce il provvedimento di Onorio è relativa al caso di soggetti esposti, figli di schiavi o di coloni, i quali siano poi stati raccolti da un terzo che, agendo spinto da un sentimento di misericordia, li abbia quindi sottratti alla morte. A seguito di tale accadimento essi sarebbero poi ricaduti sotto la potestà del ritrovatore. Sull'uso dell'espressione *voluntas misericordiae amica collegerit* da parte della cancelleria di Onorio v. in particolare J. C. Tate, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire* cit., 134 ss.

Per il resto dalle altre fonti analizzate risulta un quadro piuttosto articolato, ma sostanzialmente omogeneo, in cui le molteplici attestazioni dell'uso del termine *misericordia* sono tutte riferibili alla misericordia umana, consistente in un comportamento compassionevole ispirato dall'*humanitas* e senza alcun collegamento alla misericordia divina. La distanza con l'uso del termine nelle fonti tardoantiche è evidente e depone certamente a favore della sostanziale genuinità delle nostre occorrenze.

Quanto a valenze e significati dell'uso del termine si può dire che talvolta la *misericordia* è il semplice motivo dell'agire umano, senza che ciò comporti specifiche conseguenze riguardo alla valutazione giuridica di quel comportamento: è il caso di chi *misericordiae causa* abbia pagato una somma di denaro per evitare un processo calunnioso nei confronti di una terza persona (D. 3.6.7 pr.) o altrimenti abbia conferito ad altri un mensile o un sussidio annuale a fini alimentari (D. 42.3.6), o, ancora, abbia provveduto al pagamento delle spese funerarie e di sepoltura di un defunto altrui (D. 11.7.14.7). Sono questi tutti casi in cui la *misericordia* induce a un comportamento altruista e compassionevole e che tuttavia, pur incidendo sotto il profilo motivazionale, non comportano un'immediata conseguenza sulla valutazione in termini giuridici dell'elemento psicologico dell'agente. Qualcosa di simile accade anche nel caso di D. 47.8.4.6, in cui è la turba di persone da cui scaturisce un illecito che può essersi formata in diverse circostanze, fra cui anche quella originata da motivi di *misericordia*.

Diversi sono invece i casi in cui non solo la *misericordia* guida la condotta dell'agente, ma diventa parametro di valutazione della sua responsabilità. In un primo caso l'agire misericordioso però non è rilevante; si tratta del sequestratario che, mosso da misericordia, abbia liberato lo schiavo che gli era stato affidato affinché venisse sottoposto a tortura (D. 16.3.7 pr.). Qui il vincolo contrattuale e l'impegno assunto impediscono che il movente dell'agente abbia conseguenze giuridiche. Si dovrà pertanto rispondere per l'inadempimento dell'obbligazione di custodire lo schiavo.

Diversa invece la soluzione nel caso in cui, al di fuori di ogni vincolo contrattuale, il comportamento misericordioso – e qui assume particolare rilievo il movente psicologico dell'agente – esclude o attenua la responsabilità. È il caso di chi *misericordia ductus* abbia liberato lo schiavo affinché fuggisse (D. 4.3.7.7) o di chi abbia offerto rifugio al servo mosso da misericordia (D. 11.3.5 pr.). Nel primo caso non lo si potrà imputare di furto, ma solo per danneggiamento, mentre, nel secondo, l'aver agito *misericordia ductus* esclude il dolo e, conseguentemente, la possibilità di ricondurre la condotta posta in essere dal soggetto agente nell'ambito di applicazione delle previsioni dell'editto *de servo corrupto*.

Indice delle fonti

FONTI GIURIDICHE ANTICHE

Fonti pregiustinianee

Codex Theodosianus

1, 2, 3	48 nt. 64; 107 nt. 114
5, 9, 1	135 nt. 36
5, 9, 2	135 nt. 36
9, 14, 1	135 nt. 36

Gai Institutiones

1, 147	113
1, 2	28 nt. 3
2, 131	118
2, 3, 2	113 nt. 12
3, 219	120 nt. 3
3, 88	60

Lex duodecim tabularum

4, 4	110 nt. 3

Novellae Marciani

4	48 nt. 64; 107 nt. 114

Pauli Sententiae

1, 21, 10	126 nt. 16
2, 24	133
2, 24, 10	120 nt. 2; 133

Tituli ex corpore Ulpiani

2, 5	71 nt. 63

Fonti giustinianee

Codex Iustinianus

1, 14, 1	68 nt. 64; 107 nt. 114
1, 14, 9	107 nt. 114; 48 nt. 64
1, 14, 11	107 nt. 114; 48 nt. 64
1, 14, 12	44
1, 14, 12 pr.	44
1, 14, 12, 3	48 nt. 64
6, 25, 1	72 nt. 63
6, 29, 3	117
6, 45, 1	72 nt. 63
7, 4, 14 pr.	116
7, 4, 14, 1	117 nt. 21
7, 45, 13	46

7, 64, 2 49 e nt. 71
8, 51(52), 2 135 nt. 36
8, 51(52), 2 pr. 135; 135 nt. 36
8, 52 (53), 1 43 nt. 52
9, 16, 7(8) 135 nt. 36

Digesta
Const. Deo auctore
§ 12 47 e nt. 60
§ 13 47 e nt. 61

Const. Omnem
§ 8 47 nt. 62

Const. Tanta
§ 21 47 e nt. 62; 48
§ 22 47 e nt. 62

1, 2, 2, 12 31 nt. 12
1, 3, 34 43 nt. 52
1, 3, 38 43
1, 4, 1 pr. 103 nt. 102; 45 e nt. 56
1, 4, 1, 1 45 nt. 57
1, 4, 1, 2 46 nt. 58
1, 5, 7 113
1, 5, 18 112 nt. 9
1, 5, 26 112; 118 nt. 25
3, 6, 1 pr. 121 nt. 4
3, 6, 7 pr. 120 e nt. 2; 136
4, 3, 1, 1 122 nt. 6
4, 3, 7, 7 119 nt. 1; 120 ntt. 2 e 3; 122; 124 nt. 12; 128 nt. 21; 136
9, 2, 8, 1 22 nt. 28
9, 2, 52, 2 33 e nt. 17
11, 3, 1 pr. 125 nt. 13
11, 3, 5 pr. 119 nt. 1; 120 nt. 2; 125; 136
11, 7, 12, 2 126 nt. 15
11, 7, 14, 7 120 nt. 2; 126; 136
11, 7, 31, 1 126 nt. 16
11, 8, 2 111; 118 nt. 25
16, 3, 7 pr. 119 nt. 1; 120 nt. 2; 127; 136

18, 1, 50 72; 73
18, 7, 7 21 nt. 22
19, 1, 13, 26 21 nt. 22
19, 2, 19, 9 23
19, 2, 38 24 e nt. 35
25, 3 133
25, 3, 4 120 nt. 2; 133
25, 4, 1, 1 110; 111; 114; 118
28, 7, 23 71 nt. 63
29, 2, 30, 1 113 nt. 12
35, 1, 24 72; 74
35, 1, 81, 1 73
35, 2, 1, 8 21 nt. 22
35, 2, 9 pr. 110 nt. 4
35, 2, 9, 1 110; 118
36, 2, 24, 1 21 nt. 22
37, 6, 2 pr. 118 nt. 25
37, 9, 1 pr. 111; 116
37, 9, 1, 9 111; 111 nt. 7; 116
38, 1, 15 pr. 22 nt. 28
38, 8, 1, 8 118 nt. 25
38, 16, 3, 9 110 nt. 3
38, 16, 3, 11 110 nt. 3
38, 16, 6 110 nt. 3
38, 16, 7 110 nt. 3; 118 nt. 25
42, 3, 4 pr. 131 nt. 29
42, 3, 6 120 nt. 2; 131; 136
44, 7, 10 74 nt. 67
45, 1, 85, 7 73
46, 1, 16, 3 74 nt. 67
47, 8, 2 pr. 130 nt. 26
47, 8, 4 pr. 129 nt. 23

47, 8, 4, 4-5 129 nt. 24
47, 8, 4, 6 120 nt. 2; 129; 136
47, 11, 4 114; 116
48, 8, 8 114
48, 19, 39 114
50, 16, 231 114
50, 17 73 e nt. 66
50, 17, 1 34 e nt. 18
50, 17, 161 74

Institutiones
1, 2, 6 103 nt. 102
2, 13, 1 118
3, 13, 2 60
4, 3, 6 119 nt. 1
4, 3, 16 120 nt. 3; 124
4, 6, 40 131 nt. 29

Novellae
74, 2, 1 107 nt. 115
89, 10 107 nt. 115
105, 2, 4 107 nt. 115
113 48 nt. 63
115, 4, 1 134 nt. 34
125 48 nt. 63

FONTI GIURIDICHE MODERNE

FONTI CODICISTICHE NON VIGENTI

Codice civile Albertino
Art. 1269 69 nt. 58

Codice civile brasiliano (Código civil) (1916)
Art. 120 68

Codice civile ceco (Občanský zákoník) (1964)
§ 36 (3) 68 nt. 56
§ 36 (4) 68 nt. 56

Codice civile del Regno d'Italia (1865)
Art. 1169 69 nt. 58

Codice civile francese (Code civil)
Art. 1178 69; 70; 75

Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla
Art. 1152 69 nt. 58

Codice generale prussiano (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)
1, 4, §§ 104-106 66 nt. 55
1, 4, § 117 66 nt. 55
1, 4, § 119 66 nt. 55

Codice pel Regno delle due Sicilie
Art. 1131 69 nt. 58

FONTI CODICISTICHE VIGENTI

Codice civile brasiliano (Código civil do Brasil)
Art. 129 68

Codice civile del Quebec (Code civil du Québec)
Art. 1503 70; 71

Codice civile estone (Parte generale) (Tsiviilseadustiku üldosa seadus)
§ 104 67 nt. 56

Codice civile francese (Code civil)
Art. 4 52 e nt. 81
Art. 1304-3 53*

Codice civile greco (Αστικός Κώδικας)
Art. 207 71

Codice civile italiano
Art. 14 disp. prel. 70 nt. 59
Art. 1359 69; 70 e ntt. 59 e 60

Codice civile olandese (Nederlands Burgerlijk Wetboek)
Art. 3.12 68 nt. 57
Art. 6.2 68 nt. 57
Art. 6.23 68
Art. 6.248 68 nt. 57

Codice civile polacco (Kodeks Cywilny)
Art. 93 68 nt. 56

Codice civile portoghese (Código civil português)
Art. 275 (2) 67 e nt. 56

Codice civile slovacco (Občiansky zákonník)
§ 36 (3) 68 nt. 56
§ 36 (4) 68 nt. 56

Codice civile spagnolo (Código civil)
Art. 1119 69

Codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch)
§ 162 66 e nt. 55; 67; 75
§ 242 66 nt. 55

Codice civile ungherese (Polgári törvénykönyv)
§ 5: 91 68 nt. 56

Codice civile della Federazione russa (Гражданский кодекс Российской Федерации)
Art. 157 (3) 67 e nt. 56

Codice delle obbligazioni sloveno (Obligacijski zakonik)
Art. 59 (4) 67 nt. 56

ALTRE FONTI CONTEMPORANEE

Draft Common Frame of Reference (DRAFT)
Art. III. – 1:103 66 e nt. 54
Art. III. – 1:104 66 e nt. 54
Art. III. – 1:106 (1) 65
Art. III. – 1:106 (4) 65; 70; 76

Principles of European Contract Law (PECL)
Art. 1:201 66 nt. 54
Art. 1:202 66 nt. 54
Art. 16:102 66 nt. 53

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)
Art. 294 59 nt. 26

PROGETTI

Avant-projet de réforme du droit des obligations (Francia)
Art. 1177 70

Projet de réforme du droit des contrats (Francia)
Art. 120 70; 76

FONTI LETTERARIE ANTICHE

Ἀππιανός
Ῥωμαικά, Ἐμφύλια
1, 1 81 nt. 10
1, 4-5 81 nt. 10

Auctor ad Herennium
Rhetorica
2, 20 40 nt. 41
2, 46 40 nt. 41

Augustus
Res gestae divi Augusti
25, 2 94
34, 1-3 94

Cicero
De oratore
2, 27, 116 40

De re publica
2, 1, 2 31 nt. 11

Pro Cluentio
21 115 nt. 17
31-32 115 nt. 17
31 115 nt. 17
32 114; 115 nt. 16
35 115; 115 nt. 17

Topica
5, 28 41

Fronto
Epistula ad Marcum Caesarem
1, 6, 2-3 45

Gellius
Noctes Atticae
3, 3, 5 109 nt. 2

Lactantius
Divinarum Institutionum Libri VII
1, 1, 12 134 nt. 35
6, 20, 21 134
6, 20, 22 134
6, 20, 23 134

Πλούταρχος
Σύλλας
38, 6 86

Quintilianus
Institutio oratoria
5, 2, 2 40 nt. 42

Suetonius
Divus Augustus
28, 3 96 nt. 73

Divus Iulius
77, 1 90

Tacitus
Annales
1, 3, 7 93 nt. 64

Velleius Paterculus
Ad M. Vinicium consulem libri duo
2, 1, 1 78
2, 3, 3-4 81
2, 30, 4 85 nt. 27

FONTI EPIGRAFICHE

Instrumenta Dacica in tabulis ceratis conscripta (CIL III.2, p. 921 e ss.)

IX	17 nt. 5; 18 nt. 11; 19 nt. 13; 20 nt. 19; 22 nt. 26
IX ll. 2-3	19 nt. 15
IX-XI	16 nt. 4
X (= FIRA, III², pp. 466-467)	17-18 e nt. 5; 20 nt. 20
X, ll. 2-3	19
X l. 4	20 nt. 20
X l. 5	22
X ll. 6-7	21; 22
X ll. 9-10	21 nt. 25
XI	17 nt. 5; 18 nt. 11; 19 nt. 13; 20 nt. 19; 22 nt. 26
XI ll. 3-4	19 nt. 15
XII l. 3	19 nt. 17

Finito di stampare nel mese di gennaio 2021
per i tipi di Bononia University Press