

SCRITTI DI DIRITTO ROMANO

ANTONIO PALMA

SCRITTI DI DIRITTO ROMANO



SATURA EDITRICE

DIRITTI DI AUTORE RISERVATI
Copyright 2011 Satura Editrice s.r.l.
via G. Gigante, 204 - 80128 Napoli
tel. 081 5788625 - fax 081 5783097
sito web: www.saturaeditrice.it
e-mail: saturaeditrice@tin.it

a Simona

SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	p. IX
I. L'evoluzione del naviculariato tra il I ed il III sec. d.C. (in <i>Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche</i> LXXXVI/1975 [Napoli 1976] 7-31)	» 1
II. Le strade romane nelle dottrine giuridiche e gromatiche dell'età del principato (in <i>Principat. Vierzehnter Band</i> [Berlin-New York 1982] 851-877)....	» 33
III. Donazione e vendita « <i>advocata vicinitate</i> » nella legislazione costantiniana (in <i>Index</i> 20 [1992] 477-503)	» 69
IV. Osservazioni in tema di pubblicità, « <i>vicinitas</i> » e comunità (in <i>Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna</i> VI [Napoli 2007] 3923-3939)	» 101
V. Note in tema di legato a favore di chi « <i>primus ad funus... venerit</i> ». Un caso di conflitto tra <i>interpretatio</i> giurisprudenziale e prassi sociale (in <i>Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo</i> II [Napoli 1997] 59-66)	» 119
VI. Publio Mucio Scevola e la “dote di Licinia” (in <i>Fraterna munera. Studi in onore di Luigi Amirante</i> [Salerno 1998] 323-330)	» 129

- VII. In tema di adozione testamentaria e di «*condicio nominis ferendi*»
(in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias* III [Madrid 1988] 1513-1524) p. 139
- VIII. Vicende della «*res*» e permanenza della «*causa*»
(in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 3 [Napoli 1984] 1489-1504)..... » 155
- IX. La «*delegatio*» come modulo organizzativo e gestionale delle strutture amministrative romane
(in *50 anni della Corte Costituzionale. Tradizione romanistica e Costituzione* I [Napoli 2006] 923-932) » 173
- X. Limitazioni negoziali all'esercizio della pesca
(in *Studi per Giovanni Nicosia* VI [Milano 2007] 21-44) » 185
- XI. Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici
(in *Civiltà Europea* [2008] 45-71)..... » 207

INTRODUZIONE

La raccolta di alcuni miei studi di impostazione più strettamente romanistica mi offre l'occasione per qualche riflessione a consuntivo e di prospettiva che mettano in evidenza quanto mi propongo di tentare nei prossimi anni di lavoro.

L'itinerario degli studi giuridici dal diritto romano, dal diritto comune sino agli esiti recenti ha suggerito già in passato, e suggerisce oggi, riflessioni sui materiali storico-giuridici tramite i quali l'Europa (concepita come "prodotto della storia", come fattore di unificazione o di separazione tra le diverse componenti della cultura europea) ha inteso recepire il senso dell'esperienza giuridica¹.

È pur vero che il lasso di tempo in cui quest'esperienza s'è svolta può apparire troppo ampio, se il diritto è posto ad oggetto di un'indagine con fini eminentemente storici, per i quali, cioè, sarebbe necessaria l'adozione di criteri cronologici, o eziologici, o, ancora ideologico-eziologici, sottoposti ai rigorosi metodi dell'indagine storico-giuridica.

Ed è parimenti indubbio che sia ormai un punto fermo dell'esperienza giuridica odierna l'aver instaurato il rapporto col suo illustre e remoto passato (a partire da quello romanistico), sulla base di un "confronto a distanza"; un confronto, cioè, destinato a svolgersi nei termini di una lontananza fatalmente segnata dal tempo e dallo spazio.

¹ L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato* (2004) 53 ss.; P. STEIN, *I fondamenti del diritto europeo* (Milano 1995); P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (Milano 1981).

Primo problema che, evidentemente, sottende quello più ampio ed articolato dell'apporto del diritto alla costruzione del diritto europeo è il contributo del diritto romano, sia in chiave storica che attuale e prospettica².

² C.A. CANNATA, "Usus hodiernus pandectarum", *common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo*, in *SDHI* 57 (1991) 383 ss.; ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo I* (Torino 1995); ID., *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi G. Impallomeni* (Milano 1999) 41 ss.; ID., *Cuiusque rei potissima pars est*, in *Diritto romano attuale* 6 (2001), 157 ss.; C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, in *Studi G. Impallomeni* (Milano 1999) 41 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su "i fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecare*, in *IURA* 51 (2000) 1 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, in *Index* 30 (2002) 163 ss.; P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea: dall'esperienza romana all'esperienza moderna* (Torino 2003); A. GAMBARO, *Iura et leges nel processo di edificazione del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato* (1998), 993 ss.; L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Europa e diritto privato* (2004) 907 ss. (ed ora ripubblicato in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica* (Padova 2005)); E. GENZMER, *Il diritto romano come fattore della civiltà europea* (Milano 1960); T. GIARO, "Comparemus!" *Romanistica come fattore di unificazione dei diritti europei*, in *Rivista critica del diritto privato* 19.4 (2001) 539 ss.; T. GIARO, *Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa*, in *Ius commune* (1995), "Lasciamo queste devianze puerili ai tedeschi!", in *Mélanges H. Kupiszewski* (Varsovie 1996) 127 ss.; ID., "Comparemus!" *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista critica del diritto privato* 19 (2001) 539 ss.; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo* (Bologna 1999); R. KNÜTEL, *Römisches Recht und Europa*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2 (1994) 244 ss.; ID., *Diritto romano e "ius commune" davanti a Corti dell'Unione Europea*, in *Ricerche F. Gallo III* (Napoli 1997) 538 ss.; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I* (Tübingen 1996); ID., *The Common Core of European Private Law*, in *European Rev. Priv. Law* 5 (1997) 549 ss.; *Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese* a cura di Letizia Vacca (2008); A. PADOA SCHIOPPA, *Storia e diritto europeo* 295 ss.; ID., *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto III* (Milano 2001) 1 ss.; ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto* (Bologna 2003) 13, 567 ss.; W. SIMSHAUSER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts in einer europäischen Rechtsordnung*, in *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996* (Heidelberg 1997) 119 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo I* (Torino 2001) II (Torino 2003); L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne* (Torino 2003); P. STEIN, *Legal Institution. I fondamenti del diritto europeo* (Milano 1995); P. STEIN, *Roman Law in European History = Il diritto romano nella storia europea* (Milano 2001); H. WAGNER, *Réminiscences du droit romain dans le droit de la Communauté Européenne*, in *RIDA Suppl.* 41 (1994) 230 ss.

La delineazione dei rapporti tra diritto romano e diritto europeo è stata essenzialmente svolta per due finalità: ricostruire la seconda vita del diritto romano³, dopo la scomparsa della società e dello Stato dei romani, dall'Europa medievale a quella delle codificazioni moderne, ovvero valutare quanto del diritto romano fosse sopravvissuto nei codici e nella scienza giuridica contemporanea, tanto da giustificare lo studio quale momento formativo indispensabile nell'educazione del giurista. Posizioni efficacemente sintetizzate già dallo Scialoja: «V'ha chi nel diritto romano non vede altro che un periodo della storia del diritto, utile a conoscersi per chi vuol parere erudito e non senza lettere, ma privo d'importanza per gli studi del diritto moderno; v'ha invece chi di esso vuol fare solamente un perpetuo commentario del diritto attuale, pretendendo che questo in ogni parte debba conformarsi all'antico, e che dell'antico non sia utile conoscere se non quelle parti che oggi ancora sono applicabili»⁴.

³ P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* (Milano 1909); M. BRETONNE, *La "coscienza ironica" della romanistica*, in *Labeo* 43 (1997), 197 ss., e *La persona e la cosa*, in *Labeo* 44 (1998), 459 ss.; AA.VV., *Il diritto romano attualmente*, contributi di A. Palazzo, P. Schlesinger, U. Santarelli, A. Mazzacane, P. Mari, in *Diritto romano attuale* 6 (2001) 167 ss.; P. COGLIOLO, *Manuale delle fonti del diritto romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica* II (Torino 1887); D. DALLA, *Introduzione a un corso romanistico* (Torino 1997); O. DILIBERTO, *Sulla formazione del giurista (a proposito di un saggio recente)*, in *Rivista di diritto civile* 51 (2005) 109 ss.; A. GUARINO, *Il latino nel villaggio globale*, in *Rend. Acc. Lincei* 9.15 (2004) 339 ss.; ID., *Salvate il soldato Ryan* (Napoli 2005); M. KASER, *Storia del diritto romano* [= *Römische Rechtsgeschichte* (Göttingen 1967)] (Milano 1977) (trad. it. Remo Martini); L. LABRUNA, *Matrici romanistiche del diritto attuale*, a cura di F. Salerno (Napoli 1999) 1-239; ID., *Strutture e forme di tutela contrattuali* (Padova 2004), a cura di Vincenzo Mannino, Mario Talamanca, Luigi Garofalo, in *"Quaestiones iuris". Festschrift J.G. Wolf zum 70. Geburtstag* a cura di U. Manthe, C. Krampe (Berlin 2000); G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana e l'arte sistematrice* in *BIDR* 42 (1934); A. MANTELLO, *Di certe smanie "romanistiche" attuali*, in *Diritto romano attuale* 4 (2000) 37 ss.; ID., *Ancora sulle smanie "romanistiche"*, in *Labeo* 49 (2002), 7 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo 1994); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Bologna 1987); S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1928); F.K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* I (Torino 1886) (trad. it. V. Scialoja), in A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema* (Napoli 1976); F. SERAFINI, *Istituzioni e Storia di diritto romano* I (Pavia 1867) (ristampa dell'edizione 1859); L. SOLIDORO MARUOTTI, *Esperienze giuridiche a confronto: aspetti del diritto pubblico e privato dall'età romana alle configurazioni moderne: lezioni* (Napoli 2001).

⁴ V. SCIALOJA, *Studi giuridici e Scritti e discorsi politici* (7 voll., 1932-36).

Seguendo questa bipartizione concettuale e finalistica si possono allora intendere affermazioni quali: «i migliori giudici e i migliori avvocati saranno necessariamente coloro che, invece di pescare la scienza nei paragrafi del codice, l'attingono alla gran fonte, cioè al Diritto Romano. E siccome lo studio di questo Diritto è l'introduzione indispensabile della giurisprudenza, ed è un'eccellente ginnastica intellettuale, così si insegna in tutte le Università di Europa nel primo anno del corso giuridico. [...]. Il Diritto Romano [...] ha un valore universale ed eterno»⁵.

A seconda dell'una o dell'altra finalità, conseguentemente, si adottavano due diverse impostazioni metodologiche, una storiografica ed una dogmatica.

In effetti il diritto romano, entrato a far parte della storia della cultura europea, è stato studiato nell'ottica predominante di una storia cosiddetta esterna, delle fonti, dei giuristi, delle dottrine⁶. Fatta eccezione per i lineamenti degli istituti fondamentali del diritto civile, il diritto romano come corpo di norme non ha avuto in generale osservatori che ne cogliessero i mutamenti, richiedendo questa attitudine la competenza propria dei romanisti: in altri termini, il cd. diritto romano comune non è stato esplorato dall'interno dell'esperienza giuridica delle società europee, ma con l'approccio esterno della storia delle questioni dottrinali.

È noto che la critica dei riformatori illuministi, per i quali il controversismo dei dottori aveva eliminato la certezza del diritto, fu la prima causa del passaggio dal diritto comune alle codificazioni nazionali. La seconda causa, non meno rilevante, fu appunto la formazione degli Stati nazionali liberali, nei quali si realizzava il modello di Montesquieu dello Stato di diritto, con i tre poteri indipendenti, legislativo, esecutivo e giudiziario. Il luogo elettivo della sovranità diveniva ora la legge, la quale pertanto non poteva essere più quel gran caos, peraltro ricco di vitalità e di umanità, del diritto comune. Il Code Napoleon del

⁵ F. SERAFINI, *Istituzioni e Storia di diritto romano* I (Pavia 1867) (ristampa dell'edizione 1859).

⁶ B. BRUGI, *Giurisprudenza e Codici. Cinquant'anni di Storia Italiana* II (Milano 1911); C.A. CANNATA, A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* II (Torino 1989); C.A. CANNATA, *Cuiusque rei potissima pars principium*, in *Diritto romano attuale* 6 (2001) 157 ss.

1804 fu il primo corpo organico di norme che, cancellando la stratificazione storificata del diritto comune, richiamava a sue fonti la natura e la ragione⁷.

Unica eccezione al generale impianto della codificazione fu rappresentata dalla Germania, dove Savigny difese il diritto romano dalla tendenza alla codificazione propugnata da Thibaut: ma era il diritto romano frutto di una *Rechtswissenschaft*, di una scienza giuridica moderna che usava i materiali della compilazione di Giustiniano.

Dal 1 gennaio del 1900, tuttavia, con l'entrata in vigore del BGB, il diritto romano è sparito dalla scena legislativa e giudiziaria europea, guadagnandosi uno spazio soltanto accademico. Il *corpus* normativo giustiniano appare ormai dissolto nei codici nazionali in consapevole e voluto contrasto con l'applicazione transnazionale del *ius commune*. Lo Stato nazione, infatti, vuole segnare una netta cesura rispetto ad una fase storica, che aveva esaltato una comune identità giuridica dei popoli europei, in cui il diritto romano veniva applicato in sostituzione ovvero ad integrazione dei diritti locali, giacché considerato manifestazione di civiltà superiore ed universale rispetto a quelle nazionali ed autoctone.

Nella fusione di statualità e nazionalità, l'esclusione dell'orizzonte europeo divenne il dogma del diritto codificato⁸.

Nel XX secolo, il binomio razza e diritto, soprattutto nell'uso politico che ne fece il nazionalsocialismo, frantumò quello che restava di un comune passato europeo. Germanesimo e romanità diventavano gli antagonisti ideologici del diritto nuovo rispetto a quello della vecchia Europa. Da un lato, così, si ebbe 'un'inaudita fioritura' dello studio accademico del diritto romano, dall'altro la germanizzazione universale del diritto privato, anche nell'area anglo-americana e in quella francese⁹.

L'Europa comincia a riapparire negli ultimi anni del ventesimo secolo sotto due prospettive: quella accademica dello studio dei fondamenti del diritto europeo e quella di un diritto prodotto da organi dell'Unione Europea.

⁷ F. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, in *Labeo* 40 (1994) 161 ss. = *Sententia legum tra mondo antico e moderno II* (Napoli 2004) 367 ss.

⁸ V. *supra*.

⁹ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München-Berlin 1958), trad. it. A. BISCARDI, *L'Europa e il diritto romano* (Firenze 1962).

Per fondamenti si intendono istituti consolidati, processuali e sostanziali, che attraversano diritto antico e diritto moderno, common law e civil law, affacciandosi da questa nuova prospettiva sulla civiltà occidentale, dando conto di nozioni valoriali come legge e ordine, giustizia, legge giusta e decisione giusta, individualismo e responsabilità, il valore della vita, il diritto alla riservatezza, la proprietà, il contratto, i conflitti di interesse¹⁰.

Ciò non significa, tuttavia, voler ingenuamente tendere un unico filo tra il Codice di Hammurabi e il Code Napoleon; le radici del diritto europeo possono infatti essere esplorate solo se e qualora non si prescinda dall'accertamento di che cosa si intenda oggi per diritto europeo.

Se si vuole superare la nozione puramente geografica dell'Europa non si può prescindere dal considerare che politica, religione, diritto e cultura intellettuale sono stati forze di unificazione dell'Europa, mentre l'Europa che nasce dopo la seconda guerra mondiale non è in continuità con nessuna delle fasi di tendenziale unità europea susseguitesì nella storia. Dunque, appare non del tutto proprio usare chiavi interpretative di ripristino, seppure evolutivo, di valori provenienti dal passato.

La costruzione dell'Europa è oggi dettata dall'esigenza di comporre interessi economici affinché lo squilibrio delle risorse non generi conflitti interstatali. L'ordinamento comunitario, infatti, è generalmente una *lex mercatoria*, prodotta da organi che ripetono la loro investitura da accordi intergovernativi. Si tratta, dunque, di un diritto estraneo alla tradizione romanistica così come ai sistemi delle codificazioni nazionali. Inevitabilmente, per avere un nuovo diritto europeo occorrerà che questo corrisponda ad una società europea e ad una soggettività costituzionale europea.

Tradizione romanistica e dottrine giusnaturalistiche confluiscono, tuttavia, nel costruire l'immagine dell'uomo che passando dallo stato di natura allo stato di società porta con sé libertà della persona e proprietà dei beni, chiedendo che esse vengano tutelate dal potere pubblico.

Oggi, invece, dopo la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, è la dignità dell'uomo a rappresentare l'essenziale identità della persona, come tale intangibile. La dignità dell'uomo non si manifesta

¹⁰ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München-Berlin 1958), trad. it. A. BISCARDI, *L'Europa e il diritto romano* (Firenze 1962).

in posizioni sociali od economiche, consistendo nel patrimonio di ragione e coscienza di cui è fornito ogni persona umana¹¹.

Ma analogo discorso vale anche per la concezione della famiglia. La struttura potestativa della famiglia di derivazione romanistica ha avuto una lunga sopravvivenza in Europa, ma oggi è quasi completamente scomparsa. Non soltanto si è affievolito il vincolo coniugale così come quello stesso di sangue in favore di un vincolo affettivo – latamente inteso – ma soprattutto le funzioni economiche della famiglia connesse alla produzione pre-industriale, di azienda agraria, artigiana, mercantile ovvero alla trasmissione del patrimonio avito, sono oggi sicuramente marginali rispetto ai valori personali delle relazioni endofamiliari. Il modello della famiglia quale comunità solo lambita dal diritto non corrisponde affatto alla condizione attuale caratterizzata da norme e decisioni giudiziarie che entrano nella vita quotidiana della comunità familiare, adeguandola alle opinioni dominanti in ambito sociale, tendenti a tutelare gli spazi di libertà delle singole persone piuttosto che il gruppo in quanto tale, gli interessi dei più deboli, dei minori, della donna dettando regole che correggano i comportamenti e le dinamiche del gruppo familiare.

Per le categorie giuridiche di proprietà e obbligazioni è facile asserire che le antiche concezioni le riconducevano alla struttura della famiglia, considerando il nucleo domestico come orizzonte economico universale. Il mondo moderno, invece ha un'economia i cui protagonisti sono individui, imprese, Stati in uno scenario globalizzato nel quale i flussi finanziari risultano determinanti rispetto al lavoro o alle merci: nascono così nuove forme di appartenenza e di relazioni contrattuali costruite su prassi nuove che vanno a formare un nuovo ordinamento mercatorio universale.

In un tale scenario è difficile immaginare che l'Europa si sottragga a queste tendenze e non proponga agli stati membri la composizione di codici europei comuni. L'idea stessa di codice appartiene però al passato di un legislatore capace, allo stesso tempo *imperio rationis* e

¹¹ R.A. BAUMAN, *Human Rights in Ancient Rome* (London-New York 2000); T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights* (Oxford 2002) (recensito da G. CRIFÒ, in *ZSS* 122 (2005), 280 ss.); J. GAUDEMET, *Des "droits de l'homme" dans l'Antiquité?*, in *Etudes H. Ankum* (Amsterdam 1995) 107 ss.; ID., *Le monde antique et les droits de l'homme* (Bruxelles 1998).

ratione imperii, di ordinare e regolamentare una società soggetta solo alla propria sovranità e racchiusa entro le frontiere politiche dello Stato-nazione¹².

L'evoluzione dei rapporti sociali non sembra invece consentire più un ordinamento codificato, inteso come sistema di norme, ispirato a coerenza logica e a certezza del diritto. Crisi del codice significa non solo la sua integrazione-sostituzione con sottosistemi normativi, ma anche crescita di un diritto prodotto dalla interpretazione dei giudici e della dottrina la quale tenta di guidare un diritto sempre più tendente a complicarsi nelle anomalie del *case-law* che non a semplificarsi nelle fattispecie ipotetiche e generali della legge.

Si ha così che, da un lato, gli organi deputati alla produzione di norme danno origine a quantità sterminate di precetti, sanzioni, regole procedurali, dall'altro queste norme vengono costantemente impugnate dinanzi alle giurisdizioni, di modo che si forma un diritto giurisprudenziale ancora più articolato di quello legiferato. Le partizioni sistematiche ereditate dal diritto romano e dai codici nazionali rivelano ormai tutta la loro insufficienza dinanzi ai quadri di settore fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo su cui si articola la Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000 (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia).

La visione olistica del diritto di origine romana, che si conservava stabile nella sua essenziale instabilità per una indefinita durata temporale, organizzando al suo interno *personae*, *res*, *actiones*, vale a dire persona e famiglia, proprietà e diritti reali, obbligazioni e contratti, successioni *mortis causa* e donazioni, processo privato e tutela dei diritti, secondo uno schema tramandato, codificato e quindi trasfigurato nel diritto giustiniano e da questo in quello canonico e poi nel *ius commune* e quindi nella pandettistica¹³ e nei codici moderni, non ha

¹² F. CASAVOLA, *Diritto romano* cit. 367.

¹³ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, rist. Giovanni Baviera (Milano 1917); A. MAZZACANE, "Il leone fuggito dal circo": pandettistica e diritto comune europeo, in *Index* 29 (2001) 97 ss.; G. VOET, *Commento alle Pandette* (Venezia 1846); B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette I* (Torino 1930) (trad. it. C. Fadda e P.E. Bensa); R. ZIMMERMANN, *Usus Hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektiven der Forschung* (Berlin 1991) 61 ss.; ID., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *Juristenzeitung* 47 (1992) 8 ss.; ID., *Diritto romano e unità giuridica europea*, in *Studi di storia del diritto*

più punti di riferimento nel vorticoso dinamismo degli interessi pubblici e privati.

Il diritto europeo oggi non è quindi il diritto dei privati unico per il continente europeo quale è stato il *ius commune* sulla scorta della tradizione romanistica¹⁴; esso è invece il diritto prodotto dagli organi dell'Unione Europea e che passa negli ordinamenti nazionali, pervadendo i più tradizionali sistemi degli ordinamenti statuali, i quali vanno adeguando le proprie norme non più sulla scorta del criterio formale-sistematico, ma sui parametri costituzionali ed in relazione prevalentemente ai diritti fondamentali.

Una nuova giuridicità su fondamenti tradizionali, ma innovata nella loro sostanza umana ed equitativa. Recuperare il patrimonio storico-culturale del diritto romano a questo parametro sembra costituire una possibile prossima prospettiva degli studi storico-giuridici.

to I (Milano 1996) 1 ss.; ID., *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (Oxford 2001) [rec. da C. CASTRONOVO, in *Europa e diritto privato* (2001) 737 ss.].

¹⁴ L. LABRUNA, *Ius europaeum commune*, in *Quaestiones Iuris. Festschrift J.W. Wolf* (Berlin 2000) 157 ss.; G. PUGLIESE, *Aspetti del "diritto comune europeo"*, in *Studi G. Gorla* (Milano 1994) 1092 ss.; M. VARI, *Diritto romano "ius commune" europeo?*, in *Index* 30 (2002) 183 ss.; R. SCHULZE, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht - das Forschungsfeld der europäischen Rechtsgeschichte*, in *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte* cit. 3 ss.; ID., *Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte*, in *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft* (Baden-Baden 1993) 71 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune* (Torino 1996).

I

L'EVOLUZIONE DEL NAVICULARIATO TRA IL I ED IL III SEC. D.C.

1. *Oggetto della ricerca.* – I *navicularii* sono stati oggetto di studi, sia nel quadro più vasto della storia dei collegi e delle corporazioni professionali romane¹, sia in relazione allo studio dei problemi annuari dello Stato romano².

I *navicularii* e i collegi professionali da essi formati sono stati sottoposti ad una disamina penetrante, rappresentando, per la minuziosa normativa che dal I sec. d.C. ha regolato la loro attività, un agevole punto di approccio per lo studio dei problemi sollevati dalla evoluzio-

¹ Cfr. in primo luogo il fondamentale J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains depuis les origines jusqu'à la chute de l'empire d'Occident* (Bruxelles-Louvain 1895-1900) 2.51 ss.; J.P. WALTZING, *sv. Collegium*, in *DE*. II (1961) 340 ss.; V. BANDINI, *Appunti sulle corporazioni romane* (Milano 1937) 111 ss.; G.M. MONTI, *Le corporazioni nell'età antica e nell'alto medioevo* (Bari 1934) 1 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Il diritto associativo romano: dai collegi della Repubblica alle corporazioni del basso impero* (Bari 1938) 388 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Lavoro e lavoratori nel mondo romano* (Bari 1963); F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano 2* (Bari 1971) 95 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *sv. Collegium*, in *NNDI*. III (1959) 484 ss.; R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano* (Torino 1959) 82 ss.: più specificamente cfr. L. STOCKLE, *sv. Navicularius*, in *RE*. XV (1935) 1900; P. HUVELIN - M. BESNIER, *sv. Navicularius*, in *DS*. (1877) 1600 s.; A. BERGER, *svv. Naclerus, Navicularius*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (1953); H. LECLERCQ, *sv. Navicularius*, in *Dictionnaire d'archéologie chrétienne et de liturgie* 3 (1869-1945).

² F.M. DE ROBERTIS, *Il corpus naviculariorum nella stratificazione sociale del basso impero*, in *RDN*. 3 (1937) 189 ss.; H. PIGEONNEAU, *L'annone romaine et les corps dea naviculaires, particulièrement en Afrique*, in *Revue Afrique Française* 4 (1886) 223 ss.; M.I. FINLEY, *L'economia degli antichi e dei moderni* (Roma-Bari, tr. it. 1974) 237.

ne dei collegi romani, dalle libere associazioni dei primi tre secoli dell'impero, alle corporazioni ufficiali del IV sec. d.C.

Il De Robertis, in una recentissima opera³, ha fornito un esempio significativo di una prospettiva «globalistica», sulla scia di una letteratura che vede nel Waltzing⁴ il probabile iniziatore.

Se non si possono, ovviamente, disconoscere gli indubbi pregi di tali «*summae*», che permettono di cogliere i fenomeni storici nella loro complessiva evoluzione, proponendo, in alternativa, indagini «frazionistiche», si deve sottolineare, però, il rischio che si corre, in indagini così vaste, di trascurare aspetti particolari dei fenomeni storici che sfuggono alle linee di schemi evolutivi generali.

Quando, a titolo di esempio, si trattano unitariamente «le associazioni professionali incaricate di un servizio pubblico⁵», accomunando, alla luce del generale parametro dell'utilità pubblica del servizio, nell'indagine, *navicularii*, *pistores*, *suarii*, *dendrophori*, ecc., non discriminando la diversa natura dei servizi resi, mentre si offre una sintesi che è valido punto di partenza, si pone anche in evidenza, a nostro avviso, la necessità di cogliere l'essenza delle singole attività professionali e la natura dell'intervento statale ad esso collegato. Peraltro, quando il Waltzing afferma⁶, in relazione ai collegi industriali che i «fini economici non furono quelli che fecero sorgere i collegi», dice cosa assai generica, che andrebbe verificata tracciando il profilo delle singole attività professionali.

Per tornare al nostro argomento, inquadrare esclusivamente l'attività dei *navicularii* nella organizzazione del servizio annonario⁷ costituisce un motivo di deviazione nell'interpretazione di un'attività professionale che vide nei servizi annonari solo uno dei suoi campi di esplicazione più importanti, ma non l'unico.

È, perciò, necessario determinare, nei limiti del possibile, l'evoluzione storica delle funzioni tecniche ed economiche dei *navicularii* e,

³ F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni* cit.

⁴ J.P. WALTZING, *Étude* cit.

⁵ F.M. DE ROBERTIS, *o.c.* 93 ss.

⁶ J.P. WALTZING, *sv. Collegium* cit. 358.

⁷ Oltre gli artt. citt. in nt. 2 cfr. M. WEBER, *Storia agraria romana* (Milano, tr. it. 1907, 2^a ed. 1967) 101 ss.: il Weber, in un breve paragrafo, tratta delle corporazioni dei *navicularii* solo in relazione all'approvvigionamento dei cereali, per un'epoca molto tarda (V sec. d.C.).

alla luce di tale profilo, esaminare i problemi relativi all'origine ed alla natura giuridica delle loro associazioni professionali, cercando di sfuggire a un discorso meramente sovrastrutturale.

Si terranno presenti in particolare questi punti di riferimento: *provenienza sociale ed economica degli addetti alla professione; economicità e redditività dell'attività professionale considerata; politica annonaria dello Stato e livello generale dei traffici commerciali.*

Ciò, ovviamente, nei contesti socio-politici in cui il traffico marittimo stesso si trovava ad operare⁸.

I problemi classici della dottrina romanistica concernenti il sorgere della nozione di capacità giuridica, i rapporti tra le nozioni di *corpus*, *collegium* ed *universitas*, problemi che impegnano da tempo la dottrina⁹, interesseranno la nostra indagine nella misura in cui una loro soluzione possa servire a chiarire i termini del problema. La nostra ricerca tende a mettere a fuoco essenzialmente alcuni aspetti della disciplina del III sec. d.C., in considerazione del fatto che proprio a partire da tale epoca, si assiste ad un mutamento complessivo del quadro politico e sociale, che si accompagna a un radicale cambiamento dell'assetto delle strutture professionali e corporative del mondo romano.

2. *Profilo economico-funzionale del naviculariato verso la fine della Repubblica.* – Del termine *navicularius*¹⁰ viene indicata la probabile derivazione da quello greco *naúcleros*: in Plauto¹¹ si incontra *naucerus*, evidente trascrizione del termine greco, ed in due iscrizioni¹² appaiono le forme «*naucularius*» e «*naucarius*»¹³. La forma *naucarius* rappre-

⁸ Per una messa a punto dei problemi che si pongono in questo tipo di ricerca v. G. MELILLO, *Ricerca romanistica e problemi di metodo*, in *Labeo* 19 (1973) 283 ss.

⁹ L'immensa letteratura in proposito è ampiamente citata da F. DE VISSCHER, *La notion du corpus et le régime des associations privées à Rome*, in *Scritti Ferrini* 4 (1949) 43 ss.; R. ORESTANO, *o.l.c.*; B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain* (Paris 1943) 59 ss.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford 1961) 95 ss.

¹⁰ A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (Paris 1959) 751 s.; E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* (Aalen 1865) sub V, 1201.

¹¹ Plaut., *Mil. Glor.* 1109-1110; 1175-1182; cfr. *sv. Navicularius*, in *TLL*.

¹² CIL. 12.5972, *Naucarius*; CIL. 12.4493, *Naucularius*.

¹³ J. ROUGÉ, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain* (Paris 1966) 233.

senterebbe, secondo l'Ernout-Meillet¹⁴, una latinizzazione di *naúcleros*, mediante l'aggiunta del suffisso *arius*, dalla quale si arriverebbe, poi, al termine *navicularius* mediante l'apposizione di una *v* epentetica.

Viene, in tale modo, esplicitamente escluso ogni rapporto di derivazione da *navicula*¹⁵.

Il tema dei rapporti tra la funzione del *naúcleros* greco e del *navicularius* latino, posto dall'indagine terminologica, è stato, di recente, ripreso dal Rougé¹⁶: lo studioso francese adotta un metodo di indagine incentrato sull'individuazione dei ruoli professionali delle singole figure degli esercenti la navigazione commerciale, *nauclerus*, *navicularius*, *exercitor navis*, *magister navis*, arrivando, attraverso un procedimento comparativo, a risultati estremamente interessanti.

Il Rougé se ha il merito di affrontare la questione più importante per chi voglia studiare le attività professionali relative al commercio marittimo – la delimitazione dei ruoli tecnici rispetto alla proprietà della nave ed al suo esercizio commerciale – procede tuttavia con qualche rigidità nell'analisi separata delle singole figure.

Il problema va, a nostro avviso, affrontato in una prospettiva anche più ampia, che tenga conto delle effettive condizioni dell'azienda commerciale, in relazione alla grandezza della stessa ed alla quantità ed intensità dei traffici da essa gestiti: vogliamo dire, cioè, che non basta accertare quale fosse la funzione del *gubernator*, del *magister*¹⁷, del-

¹⁴ A. ERNOUT - A. MEILLET, *o.l.c.*

¹⁵ A. ERNOUT - A. MEILLET, *o.l.c.*; la derivazione da *navicula* del termine *navicularius* (cfr. C.T. LEWIS - C. SHORT, *sv. Navicularius*, in *A Latin Dictionary* (Oxford 1879) 290; K.E. GEORGES - F. CALONGHI, *sv. Navicularius*, in *Dizionario Latino-Italiano* (Torino 1891) 330) deporrebbe a favore di una «configurazione» latina dell'istituto, pur essendo possibile avere una linea linguistica divergente da quella dell'istituto giuridico. Ciò contrasterebbe, secondo alcuni, con le linee generali della storia della navigazione, che vede solitamente negli istituti greci i modelli degli istituti latini. Cfr. C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano*, in *Antiqua* 47 (Napoli 1987) 1 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale* (Torino, tr. it. 1913); G.M. MONTI, *Lineamenti di storia del commercio marittimo e della navigazione* (1941) 74 ss. Comunque, il problema non è puramente terminologico, ma di diversificazione funzionale tra i ruoli professionali del *naúcleros* greco e del *navicularius* latino.

¹⁶ J. ROUGÉ, *o.c.* 229 ss.; cfr. C.M. MOSCHETTI, *Aspetti dell'organizzazione commerciale e marittima dell'Impero romano*, in *RDN* 34 (1968) 251 ss.

¹⁷ Oltre gli artt. citt. in nt. 15 v. P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain* (Paris 1929) 89 ss.; inoltre bisogna fare qui riferimento alla vecchia e non sopita polemica relativa ai rapporti tra la figura del *gubernator navis*, inteso come ad-

l'*exercitor navis*¹⁸, come figure singolarmente prese, ma è necessario verificare storicamente il sorgere della loro diversificazione funzionale come risposta ad accresciute esigenze economiche. In altri termini si tratta di stabilire se i *navicularii*, alla luce del concreto andamento della loro professione, fossero sempre e comunque proprietari delle navi su cui erano generalmente imbarcati, oppure semplici *possessores* che lasciavano all'*exercitor* l'esercizio della funzione armatoriale, o addirittura fornitori dei capitali necessari all'esercizio del commercio navale: la questione va, naturalmente, inquadrata nel più vasto contesto della condizione del commercio nel quadro dell'economia delle singole epoche.

Il termine *navicularius* è, secondo la Bottigelli¹⁹, usato nel territorio romano per indicare genericamente gli armatori di navi mercantili. Cicerone attesta²⁰ che i *navicularii* trattavano con i passeggeri il prezzo del transito; ricorda anche²¹ le lotte che gli antenati intrapresero al fine di dare sicurezza ai loro traffici; accusa Verre²² di esercitare la professione *navicularia*. Per sua parte, Tacito riferisce di *navicularii*, attaccati a Cipro dai pirati della Cilicia unitamente a *mercatores*²³.

detto alla navigazione, e quella del *magister navis*, responsabile delle operazioni commerciali, che risale a A. ROCCO, *La responsabilità degli armatori nel diritto romano*, in *GI.* 4 (1898) 301 ss.; ed a F. GHIONDA, *Sul magister navis*, in *RDN.* 1 (1935) 327 ss. Polemica ripresa da C.M. MOSCHETTI, «*Il gubernator navis*», in *SDHI* 30 (1964) 50 ss., ed ancora da C.M. MOSCHETTI, *Gubernare navem gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico* (Milano 1967) 13 ss.; sulle tesi di questo autore cfr. A. GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in *Labeo* 11 (1965) 35 ss.

¹⁸ F. DE MARTINO, *sv. Exercitor*, in *NNDI.* VI (1960) 1008 ss. e bibliografia ivi citata; D. MAFFEI, *sv. Armatore*, in *ED.* III (1958) 10 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁹ M.C. BOTTIGELLI, *Ricerche epigrafiche sulla marineria nell'Italia Romana*; I. *Il personale del ruolo naviganti*, in *Epigraphica* 4 (1942) 69 ss. Cfr. Schol. Gronov. Cic., *De Imp. Pomp.* (438 OR.): *navicularii dicuntur qui transferunt frumenta in urbem aut ubicumque est imperator propter quod bellum facere Romani*. Per un repertorio delle edizioni critiche degli *scholia Ciceronis* cfr. P. FAIDER, *Répertoire des Éditions de scolies et commentaires d'auteurs latins* (Paris 1931) 10 ss., ed in particolare per lo *Scholiasta Gronovianus* 14.

²⁰ Cic. *Ad Att.* 9.3: *Ego nautas eum, non putabam habiturum. Ille confidebat et eo magis, quod audita naviculariis hominis liberalitas esset*. Cfr. anche Cic. *Ad Fam.* 16.9: *Si poteris, cum Mescinio: cauta is solet navigare; si minus, cum honesto aliquo homini, cuius auctoritate navicularius moveatur*.

²¹ Cic. *De Imp. Pomp.* 5.11: *Maiores nostri saepe mercatoribus aut naviculariis iniuriosius tractatis bella gesserunt*.

²² Cic. *Verr.* 2.5, 46; 2.2, 137.

²³ Tac. *Ann.* 12.55.

Dall'insieme delle testimonianze riferite emerge un quadro abbastanza chiaro almeno sotto alcuni profili i naviculari, per essere associati ai *mercatores* nella testimonianza tacitiana, sono dunque, indubbiamente a bordo della nave; sembrano inoltre svolgere una funzione commerciale, se sono essi che trattano il prezzo del transito nelle testimonianze ciceroniane riferite.

Un passo di Labeone, riportato da Ulpiano, sembra confermare la testimonianza delle fonti esaminate:

D. 19.2.13.1 (Ulp 32 *ad ed.*): Si navicularius onus Minturnas vendendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait.

Il naviculare sembra avere qui la funzione di responsabile del carico – egli infatti ne decide il trasbordo su altra nave – sia quella più generale di capitano della nave, in quanto conduce il naviglio sul fiume. E tuttavia il *navicularius* non pare avere, in quest'epoca, un ruolo definito: il Rougé²⁴, per sua parte, propende ad identificare, per l'epoca repubblicana e l'inizio dell'epoca imperiale, il ruolo del naviculare con quello del *naúcleros* greco.

Senza addentrarci in un discorso che ci porterebbe fuori dal tema della ricerca, possiamo definire, con il Paoli²⁵, il *naúcleros* greco come

²⁴ J. ROUGÉ, *o.c.* 228.

²⁵ U.E. PAOLI, *sv. Naúcleros*, in *NNDI*. e bibliografia ivi citata. Il ROUGÉ, *o.c.* 231, si discosta parzialmente dalla definizione del Paoli, definendo il *naúcleros* «rappresentante del proprietario e dell'armatore della nave, incaricato essenzialmente dei rapporti commerciali con i mercanti che hanno caricato le loro merci a bordo». Per P. HUVELIN, *sv. Navicularius* cit., il *naúcleros* greco ha una triplice funzione: proprietario di nave, armatore, capitano preposto all'amministrazione e direzione della nave. L'analisi etimologica della parola *naúcleros* indurrebbe in realtà ad aderire alla tesi dello Huvelin che vede nel *naúcleros* un proprietario della nave, inquantoché *cléros* in greco indica il capitale e la nave fa parte naturalmente del capitale del proprietario (cfr. Is. Siv., *Orig.* 19.1.3: *Naúcleros, dominus navis est appellatus ita quod navis in sorte eius siti, κληρος enim graece sors dicitur*). Nel corpo demosteniano che il ROUGÉ, *o.l.c.*, analizza, si incontrano *naúcleri* non liberi, v. Dem., *Contr. Phorm.* 36, e per questo ritenuti dall'autore impossibilitati ad essere proprietari di nave. Il Paoli ha invece dimostrato (cfr. *Studi di diritto attico* [1930]) l'esistenza di *naúcleri* schiavi

«colui che ha il comando della nave, di cui si serve come mezzo di credito, per esercitare il commercio in nome proprio», pur nella convinzione che possa essere dannoso definire con esattezza, al di là delle effettive condizioni del traffico marittimo, dei ruoli che, come accenniamo nella discussione in nt. 25, sono per l'epoca sostanzialmente indifferenziati.

Il *naúcleros* greco è in rapporto con i passeggeri e percepisce il *naúlon*²⁶, così come il naviculare nelle testimonianze ciceroniane riferite. L'analogia delle funzioni indubbiamente sussiste: il naviculare è, per l'epoca analizzata, un esercente il commercio marittimo direttamente impegnato nella navigazione, svolgente funzioni sia tecniche che commerciali.

Ciò avveniva, forse, a causa della relativa piccolezza delle aziende, legate alle non grandi dimensioni del commercio marittimo internazionale dell'epoca²⁷.

Il Frank²⁸ fa notare come Augusto sottovalutasse la funzione del commercio: il suo giudizio va però accettato con cautela, tenendo presente, come giustamente rileva il Toutain²⁹, che comunque in questa epoca vengono gettate le basi della successiva floridezza commerciale.

agenti per conto proprio. Le funzioni commerciali necessitano, infatti, di un minimo di affidamento che impedisce, per la speditezza delle operazioni, di sospettare di chi agisce apparentemente come libero commerciante. Il *naúcleros* schiavo viene da C.M. MOSCHETTI, *Aspetti* cit. 267, considerato come l'equivalente del *servus exercitor* di D. 9.4.19.2. Lo stesso MOSCHETTI, *Gubernare* cit. 48, in adesione sostanziale con la tesi del Paoli, afferma che *naúcleros* è «colui al quale vanno i guadagni del commercio e del trasporto marittimo». Cfr. Polyb., *Hist.* 31.22.8. Comunque noi riteniamo, con il MAFFEI, *o.l.c.*, che il termine *naúcleros* non abbia un significato univoco. Ciò è dimostrato, cfr. in proposito F. GHIONDA, *o.c.* 351 ss., dal fatto che nei Basilici l'*exercitor* del Digesto e del Codice è reso con il termine *pisticòs*; *naúcleros* indica però spesso il padrone di nave.

²⁶ Luc., *Tox.* 19.

²⁷ Oltre gli autt. citt. in nt. 15, cfr. J. ROUGÉ, *o.c.* 460 ss.; T. FRANK, *An Economic Survey of Ancient Rome* 5 (1940) 21 ss.; L. CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuov. Quest. di Stor. Antic.* (1968) 734 ss.; M. ROSTOVZEV, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (Firenze, tr. it., 1933, 4ª ed., 1976) 43 ss.; J. TOUTAIN, *L'economia antica* (Milano, tr. it. 1968) 249 ss., 312 ss.; M.P. CHARLESWORTH, *Le vie commerciali dell'impero romano* (tr. it., 1940); M. MERZAGORA, *La navigazione in Egitto in età greco-romana*, in *Aegyptus* 10 (Milano 1929) 105 ss.

²⁸ T. FRANK, *o.l.c.*

²⁹ J. TOUTAIN, *o.l.c.*

Un indizio di una non grande estensione delle attività commerciali, va, a nostro avviso, ricercato nell'assoluta mancanza di testimonianze relative all'esistenza di collegi professionali di esercenti attività commerciali³⁰.

Un'iscrizione³¹, attribuita a tempi vicini ad Augusto, ci attesta la presenza di *navicularii ostienses* di Tivoli: erano probabilmente dei barcaioli, che facevano commercio di cabotaggio³²; la Bottigelli³³ fa osservare come, se in Cicerone troviamo ricordati i *navicularii* insieme ai *mercatores*, non si vede perché non si debba ritenere anche questi *navicularii* padroni di navi o amatori.

Il dubbio ha una sua consistenza, ma, a nostro avviso, non basta, come fa la Bottigelli, appoggiare tale conclusione sul pensiero del Rostovzev³⁴, secondo il quale fin dal tempo di Claudio il porticato retrostante il teatro di Ostia fu adibito a sede di numerose corporazioni di *navicularii*, il che proverebbe un significato assai risalente del termine nella sua accezione di «padrone di nave». Infatti, in primo luogo, è credibile, come cercheremo di illustrare nel seguito del nostro discorso, che dall'età di Augusto a quella di Claudio vi sia stata una notevole evoluzione della funzione *navicularia*, inoltre il piazzale delle Corporazioni di Ostia potrebbe non avere avuto la funzione che gli attribuisce il Rostovzev³⁵.

Comunque, che il termine *navicularius* abbia, nell'età ciceroniana, il significato di armatore e di padrone di nave è tenuto per fermo anche dalla Bottigelli quando afferma³⁶: «*Navicularius* è in tutta l'estensione del territorio romano il termine più generico per indicare gli armatori di navi mercantili, sia che esercitino per proprio conto il

³⁰ J. ROUGÉ, *o.c.* 463.

³¹ CIL. 14.3603.

³² J.P. WALTZING, *o.c.* 2.35, 4.105 (Indice); L. PASCHETTO, *Ostia, colonia romana*, in *Diss. Pont. Acc. Arch.* 2.10 (1912) 193; M.C. BOTTIGELLI, *o.c.* 71; D. VAGLIERI, *Le corporazioni professionali in un grande porto dell'antichità*, in *Misc. Stud. Attilio Hortis* (1910) 532 ss.; A.H.M. JONES, *The Economic Life of the Towns of the Roman Empire*, in *Recueils de la société Jean Bodin* 7 (1955) 184; per il materiale epigrafico, vastissimo, su Ostia cfr. CIL. 14.1-2039, 4127-75, e Suppl. 4279-5411.

³³ M.C. BOTTIGELLI, *o.l.c.*

³⁴ M. ROSTOVZEV, *o.c.* 186.

³⁵ M. ROSTOVZEV, *o.l.c.*; discutiamo dei problemi relativi al Portico delle Corporazioni nel § 6 e ntt. 80-84.

³⁶ M.C. BOTTIGELLI, *o.c.* 69.

commercio o il trasporto delle merci, per via d'acqua, specialmente del grano e dell'olio, sia che questo commercio facciano per conto dello Stato».

Il quadro, in questa epoca, si presenta molto fluido: in una condizione di grande libertà, se non proprio nel generale disinteresse da parte dello Stato, comincia a svilupparsi un forte traffico commerciale³⁷, in cui i naviculari esercitano una funzione economica e tecnica indifferenziata, attraverso l'esercizio di piccole imprese commerciali, sia per proprio che per altrui conto.

3. *Politica annonaria.* – Abbiamo detto che uno dei referenti della nostra ricerca è la politica annonaria dello Stato, partendo dalla ipotesi che lo sviluppo dell'attività professionale dei naviculari si presenti anche come risposta a certe esigenze di tipo economico: le esigenze annonarie dello Stato romano, che finiranno per rappresentare uno dei fondamentali fattori evolutivi dell'assetto professionale dei naviculari.

L'annona, come istituzione politica finalizzata a distribuzioni gratuite di cibo e alla provvista dei mercati romani da parte del governo³⁸, nasce nel 123 a.C. per merito di Caio Gracco³⁹, cresce e si sviluppa con il tribuno Clodio che istituì le distribuzioni gratuite ai poveri, e trova la sua prima sistemazione con Augusto, che fissò a 200.000 il numero dei partecipanti alle *frumentationes*⁴⁰.

Oltre alle distribuzioni gratuite, lo stato si interessa alla provvista dei mercati con prodotti venduti sia a prezzo di costo sia a prezzo ridotto⁴¹; in ogni caso, l'approvvigionamento di Roma esigeva l'utilizza-

³⁷ P. BALDACCI, *Negotiatores et mercatores frumentarii nel periodo imperiale*, in *RIL*. 101 (1967) 273 ss.; P. BALDACCI, *Commercio e Stato nell'età dei Severi*, ibid. 729 ss.

³⁸ C.P. SHERMAN, *The Roman Administrative Marine*, in *Studi Riccobono* 2 (1936) 63 ss.; per un quadro generale del problema dell'annona cfr. J. OEHLER, *sv. Annona*, in *RE*. I.2 (1894) 2316 ss.; O. HIRSCHFELD, *Annona*, in *Philologus* 29 (1870) 83 ss.; G. CARDINALI, *sv. Annona*, in *DE*. I.1 (1877) 278; G. CARDINALI, *sv. Frumentatio*, in *DE*. III (1922) 229 ss.

³⁹ Cfr. C.P. SHERMAN, *o.c.* 66; H. PIGEONNEAU, *o.c.* 220 s.; Caio Gracco, infatti, fece decidere che le decime percepite in natura sarebbero state vendute a metà prezzo ai cittadini romani in ragione di 5 *modii* a testa al mese. Cfr. *Cic. Tusc.* 3.20; *Pro Sest.* 48.

⁴⁰ *Svet. August.* 42; H. PIGEONNEAU, *o.c.* 223; C.P. SHERMAN, *o.c.* 67; G. CARDINALI, *Frumentatio* cit.

⁴¹ J.P. WALTZING, *o.c.* 2.23, nt. 5.

zione di un grande numero di navi⁴². Gli stessi proprietari terrieri delle provincie frumentarie (Sicilia, Sardegna, Africa Cartaginese), alla fine della Repubblica, erano tenuti a fare trasportare il grano fino al mare o fino ad un corso d'acqua navigabile⁴³ da cui l'amministrazione statale provvedeva al trasporto verso Roma.

Il sistema usato in questo periodo fu quello delle aggiudicazioni a mezzo di aste alle compagnie di pubblicani del trasporto delle derrate⁴⁴; queste ultime, poi, affidavano il compito concreto del trasporto ai naviculari. Il sistema era gravoso, a causa dell'intermediazione parassitaria delle compagnie dei pubblicani, sicché si preferì, dalla età augustea in poi, rivolgersi direttamente ai naviculari.

D'altra parte, da tale epoca fino all'età antonina, si assiste ad un generale incremento dei traffici commerciali. Non ci dilungheremo ad analizzare le cause e gli sviluppi del fenomeno⁴⁵; è sufficiente, per la nostra tesi, la constatazione che un effettivo evolversi del trasporto marittimo ha posto ai naviculari nuovi problemi di adattamento.

4. *Nel I e II sec. d.C.: i provvedimenti da cui derivano trasformazioni economiche e funzionali della professione.* – La situazione, per l'età augustea, è ora ben definita: da una parte crescono le esigenze annonarie dello Stato e più in generale quelle del commercio internazionale, dall'altra a rispondere ad una tale domanda di trasporto marittimo vi sono spesso piccoli imprenditori, gestori in proprio o per conto terzi delle proprie navi.

La politica imperiale, perseguita da Augusto agli Antonini, può parzialmente illuminarci in ordine ai problemi dell'assetto della professione in rapporto alle esigenze annonarie.

Tiberio si limitò a garantire che il tributo in grano fosse trasportato a Roma in quantità sufficiente, attraverso la fissazione di un sussidio integrativo del prezzo di vendita da pagare ai *mercatores*⁴⁶:

⁴² H. PIGEONNEAU, *o.c.* 2.22 ha calcolato che occorreano in media almeno 150 vascelli utilizzati più volte in un anno.

⁴³ Cic. *Verr.* 2.3, 36.

⁴⁴ Varr. *De r.r.* 2 *Proem.*; Colum., *De r.r.* *Pref.* 20.

⁴⁵ J. TOUTAIN, *o.c.* 312 ss.; M. ROSTOVZEV, *o.c.* 175 ss.; T. FRANK, *o.c.* 5.236 ss.

⁴⁶ T. FRANK, *o.c.* 5.267; J. TOUTAIN, *o.l.c.*; P. BALDACCI, *Negotiatores* cit. 273 ss.

Tac. *Ann.* 2.87: Saevitiam annonae incusante plebe statuit frumento pretium quod emptor penderet, binosque nummos se additurum negotiatoribus in singulo modios.

Con Claudio inizia un'organica politica di incremento dei trasporti: oltre alla costruzione del porto di Ostia⁴⁷, egli, per primo, concesse immunità permanenti a coloro che svolgevano attività concernenti i servizi annonari:

Svet. *Claud.* 18.2-19: Non et negotiatoribus certa lucra proposuit suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset, et naves mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit pro conditione cuiusque: vacationem civi legis Papiae Poppeae, Latino ius Quiritium, feminis ius III liberorum⁴⁸.

Egli stesso, in occasione di una carestia che affligge Roma, incoraggia la costruzione di navi da commercio, promettendo con un editto ai proprietari di navi il diritto di cittadinanza se latini, l'esenzione dalla legge *Papia Poppea* se cittadini, e lo *ius trium liberorum* se donne.

L'editto di Claudio è probabilmente ancora in vigore nella seconda metà del II sec. d.C., come attesta una testimonianza gaiana:

Gai. *Inst.* 1.32: Item edicto Claudii Latino ius Quiritium consequuntur, si navem marinam aedificaverint, quae non minus quam decem milia modiorum frumenti capiat, eaque navis vel quae in eius locum substituta sit, sex annis frumentum Romam portaverit.

Il latino, dunque, ottiene l'immunità se la nave da lui edificata porti il frumento a Roma per almeno sei anni ed abbia una capacità di 10.000 *modii*; Gaio non dice se il trasporto debba o meno avvenire in nome del latino.

Il sistema della concessione di immunità in cambio di un servizio di interesse pubblico non era nuovo nella storia di Roma: già nel 215 a.C. le compagnie navali fornirono l'esercito degli Scipioni in Ispagna

⁴⁷ Dio. Cass. 60.11.1-5.

⁴⁸ J.P. WALTZING, *o.c.* 2.398; E. DE RUGGIERO, *Locazione fittizia di una nave in un papiro greco dell'anno 212 d.C.*, in *BIDR.* 20 (1898) 48 ss.; S. SOLAZZI, *La definizione dell'armatore in D. 14.1.1 e la locazione perpetua della nave*, in *RDN.* 9 (1948) 31 ss., A.H.M. JONES, *o.c.* 189.

dei necessari approvvigionamenti, godendo, in cambio, dell'esenzione dal servizio militare e dell'assicurazione del carico da parte dello Stato contro le tempeste e gli assalti nemici⁴⁹.

Claudio cerca dunque, con la concessione di privilegi, di rendere conveniente l'investimento nei trasporti marittimi, attirandovi il maggiore numero possibile di detentori di ricchezza.

Ciò determina la prevalenza della proprietà della nave sull'esercizio diretto del commercio navale, nella misura in cui l'immunità è concessa al costruttore, al proprietario cioè della nave (*naves mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit*); i privilegi vengono concessi anche alle donne, che possono essere allettate ad investire nella proprietà delle navi i loro capitali, ma non ad addossarsi le cure e la responsabilità dell'armatore⁵⁰.

Inoltre, la concessione dell'esenzione dai *munera civilia*, compresi gli *honores publici*, di cui si ha per la prima volta notizia con Adriano⁵¹, induce i possessori di terre, che altrimenti sarebbero divenuti decurioni, ad investire una parte delle loro ricchezze nei trasporti marittimi per sfuggire al decurionato.

L'investimento nei trasporti marittimi da parte di persone prive di cognizioni tecniche sembra determinare una trasformazione del contenuto della professione navicularia, privilegiandone l'aspetto patrimoniale, il momento cioè della proprietà della nave, rispetto all'esercizio diretto dell'attività armatoriale.

Il processo evolutivo è però graduale: per l'epoca cui si riferiscono i provvedimenti esaminati, il ruolo del *navicularius* sembra essere in una fase di transizione, in cui la proprietà della nave non è nettamente distinta dalla funzione più spiccatamente armatoriale⁵². Un testo di

⁴⁹ Liv. 23.48, 19; F.M. DE ROBERTIS, *Il diritto* cit. 407.

⁵⁰ J.P. WALTZING, *o.c.* 2.35, nt. 1; S. SOLAZZI, *o.c.* 50.

⁵¹ Cfr. D. 50.4.5 (Scaev. 1 *regul.*): *Navicularii et mercatores olearii qui magnam partem patrimonii ei rei contulerunt, intra quinquennium muneris publici vacationem habent*. Cfr. D. 50.5.3; 50.2.9; A.H.M. JONES, *o.c.* 189 s.

⁵² In Ulp. *Frag.* 3.6: *Nave latinus civitatem Romanam accipit, si non minorem quam decem milium modiorum navem fabricaverit, et Romam sex annis frumentum portaverit, ex edicto divi Claudii*, risalente al IV sec. d.C. (cfr. A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* 1 [Napoli 1968] 460) il pensiero di Gaio, o di altra fonte classica, viene deformato, in quanto si legano i privilegi all'effettivo esercizio dell'attività di pubblico trasporto. Ciò avviene perché fa sentire la sua influenza la diversa conce-

Ulpiano considera, infatti, equivalenti le funzioni di naviculare e di armatore⁵³.

D. 4.9.1.3 (Ulp. 14 *ad ed.*): Si quis igitur ex his (diaetariis) receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρέμβολον appellant.

Le due funzioni, del resto, non debbono essere contrapposte con eccessiva rigidità, perché, almeno fino alla fine del II sec. d.C., le funzioni economiche del *navicularius* e dell'*exercitor* si trovano su piani diversi e complementari.

Dell'*exercitor navis* ci dà una definizione Ulpiano:

D. 14.1.1.15 (Ulp. 28 *ad ed.*): Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.

L'armatore, sia esso proprietario o meno della nave, cura l'equipaggiamento ed impiega la nave al fine di lucrare gli utili. Il *navicularius*, padrone di nave, può quindi essere anche armatore, come l'armatore può essere anche padrone di nave.

Claudio ha posto, per godere delle immunità, il limite di una capacità di almeno 10.000 *modii*, cioè ottantasette tonnellate metriche o trentacinque tonnellate moderne⁵⁴. Si tratta di un limite piuttosto basso: nel 238 a.C., con il senatusconsulto Claudiano, veniva proibito ai senatori di possedere una nave di trecento *amphorae*, pari ad una capacità di ettolitri 138,59. Ora, una nave di 10.000 *modii* ha una capacità di ettolitri 89,33⁵⁵, notevolmente al di sotto della capacità delle navi

zione giuridica del tempo, in cui i privilegi sono concessi ai naviculari in quanto proprietari di navi esercenti l'industria nautica. Cfr. S. SOLAZZI, *o.l.c.*

⁵³ J. ROUGÉ, *o.c.* 246, nt. 1.

⁵⁴ C. FADDA, *o.c.* 35 s.; il calcolo della portata delle navi romane è piuttosto difficile: riteniamo con il ROUGÉ, *o.c.* 67 che il modio esprima una misura di volume e non un peso, pari a litri 8,73. In tale modo 10.000 *modii* rappresenterebbero un volume di 87.300 litri, pari a 35 tonnellate moderne. Il Rougé è egualmente dell'avviso di ritenere il tonnellaggio prescritto da Claudio assai mediocre.

⁵⁵ C. FADDA, *o.c.* 32.

il cui esercizio veniva consentito ai senatori, considerandole, evidentemente, come non idonee ad una attività commerciale.

L'intento dell'imperatore fu probabilmente quello di sopperire ad una preoccupante crisi di approvvigionamento dei mercati romani attirando nel commercio marittimo gli strati sociali abbienti, anche se non eccessivamente forniti, sia cittadini che provinciali: nei fatti si incentivava così un meccanismo di promozione sociale, che trova la sua sanzione nella concessione del *ius latii*, e che favorisce la stabile destinazione di capitale nel commercio marittimo.

Concordiamo con il Frank⁵⁶, quindi, che considera una delle funzioni del provvedimento claudiano quella di attirare all'esercizio del commercio i liberti: costoro, infatti, nel corso del I sec. d.C., sono destinati ad assumere un ruolo sempre più determinante sul piano produttivo⁵⁷, soprattutto se si guarda al gruppo urbano dei liberti, che aveva sempre fornito commercianti ed artigiani⁵⁸. In tale modo, si operava un sensibile ricambio all'interno del ceto medio della società, rafforzandone gli interessi mercantilistici.

Ulteriori interventi legislativi ci sono riferiti, in un lungo frammento, da Callistrato⁵⁹: ma, anche, prima di affrontare l'analisi del passo, occorre fare qualche riferimento al quadro generale della politica economica, individuando le esigenze statuali che hanno determinato tali interventi.

Plinio il giovane, nel suo Panegirico, formula ottimamente la politica della monarchia illuminata nei riguardi delle associazioni e dei mercanti:

Plin. *Paneg.* 29: Nonne cernere datur, ut sine ullius iniuria omnibus usibus nostris annus exuberet? Quippe non ut ex hostico

⁵⁶ T. FRANK, *o.c.* 5.268; ID., *Notes on Roman Commerce*, in *JRS.* 27 (1937) 72 ss.

⁵⁷ L. CRACCO RUGGINI, *o.c.* 736.

⁵⁸ A. GARZETTI, *L'impero da Tiberio agli Antonini* (Bologna 1960) 218 ss.; A. MOMIGLIANO, *L'opera dell'imperatore Claudio* (Firenze 1932) 79 ss.; T. FRANK, *Notes* cit. 77 ritiene che tra essi vi potessero essere un gran numero di liberti manomessi senza la piena osservanza della procedura legale, al fine di sfuggire alla legislazione restrittiva in ordine alle manomissioni.

⁵⁹ D. 50.6.6(5) (Call. 1 *de cognit.*); J. ROUGÉ, *o.c.* 480 ss. Per la personalità del giurista cfr. R. ORESTANO, *sv. Callistrato*, in *NNDI.* II (1958) 677 e bibliografia ivi citata; R. BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato* (Milano 1964) 43 ss.

raptae perituraeque in horreis messes nequiquam quiritantibus sociis auferuntur. Devehunt ipsi, quod terra genuit, quod sidus aiunt, quod annus tulit, nec novis indictionibus pressi ad vetera tributa deficiunt. Emit fiscus, quicquid videtur emere. Inde copiae, inde annona, de qua inter licentem vendentemque conveniat, inde hic satietas, nec fames usquam.

Più che con le requisizioni di grano, dice Plinio, più che con le indizioni straordinarie, gli alleati portano spontaneamente i prodotti dalla campagna: lo stato, più che esigere le derrate dalle provincie, dà così impulso al commercio. Le tendenze liberistiche⁶⁰ assunte dallo Stato, incoraggiano l'iniziativa privata attraverso la concessione di privilegi. Traiano lascia l'amministrazione dell'annona libera di praticare, per il grano non fornito dall'imposta, il prezzo di mercato determinato dalla domanda e dall'offerta⁶¹: vi è solo il limite, imposto dalla *lex Iulia de annona*, dell'intervento imperiale contro i prezzi esageratamente alti:

D. 48.12.2 (Ulp. 9 *de off. proc.*): Lege Iulia de annona poena statuitur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemque coierit, quo annona carior fiat.

L'annona dunque, per le sue esigenze si indirizza anche al grande commercio⁶².

I provvedimenti imperiali, riferiti da Callistrato, si inseriscono in un quadro di generale libertà commerciale, e costituiscono, in questa luce, i momenti di aggiustamento tra interessi statuali e mercantilistici, in un più ampio contesto di redistribuzione dei carichi funzionali e fi-

⁶⁰ Per i problemi generali relativi all'epoca in esame cfr. M. ROSTOVZEV, *o.c.* 187 ss.; L. CRACCO RUGGINI, *o.c.* 734 ss.; M. MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III sec. d.C.* (Roma-Bari 1973) 128 ss.; A. BERNARDI, *The Economic Problem of Roman Empire at the Time of Its Decline*, in *SDHI.* 91 (1965) 110 ss.; P. LAMBRECHTS, *Les problèmes du dirigisme d'État au IV siècle*, in *L'antiquité classique* 18 (1949) 109 ss.; A.F.G. PIGANIOL, *L'économie dirigée*, in *Scientia* 81 (1947) 95 ss.; H.G. PFLAUM, *Tendances politiques et administrative au II siècle de notre ère*, in *REL.* 42 (1964) 112 ss.; R. SYME, *The Imperial Finances Under Domitian, Nerva and Trajan*, in *JRS.* 20 (1930) 55 ss.; G. BIRAGHI, *Il problema economico del regno di Nerva*, in *PP.* 6 (1965) 257 ss.; C.H.V. SUTHERLAND, *The State of Imperial Finances at the Death of Domitian*, in *JRS.* 25 (1935) 150 ss.

⁶¹ J. ROUGÉ, *o.c.* 467, nt. 2.

⁶² J. ROUGÉ *o.l.c.*

nanziari. La particolare prospettiva di Callistrato⁶³, attento a cogliere i motivi economici più che gli aspetti formali delle singole disposizioni legislative, torna particolarmente utile per la conferma della nostra ipotesi, in quanto il giurista ci rivela «più o meno esplicitamente gli espedienti messi in opera dai privati per godere delle immunità»⁶⁴.

Riferiremo le costituzioni riportate da Callistrato in ordine di successione cronologica:

D. 50.6.6(5).5 (Call. 1 *de cognit.*): Divus Hadrianus rescripsit immunitatem navium maritimarum dumtaxat habere, qui annonae urbis serviunt.

Gli armatori, all'epoca di Adriano, godono dei privilegi nella misura in cui servono l'annona; non vi è alcun riferimento a realtà collegiali.

Esaminiamo ora rescritti di Antonino Pio e Marco Aurelio e Vero, riferiti nei paragrafi successivi di D. 50.6.6(5):

6. Licet in corpore naviculariorum quis sit, navem vel naves non habeat nec omnia ei congruant quae principalibus constitutionibus cauta sunt, non poterit privilegio naviculariis indulto uti.
9. Divus quoque Pius rescripsit, ut, quotiens de aliquo naviculario quaeratur, illud excutiat, an effugiendorum munerum causa imaginem navicularii induat.
12. Nec ab omni aetate allegi possunt, ut Divo Pio placuit, qui reprobavit prolixae vel imbecillae admodum aetatis homines.

I testi confermano di una lotta in atto tra fruitori delle immunità e lo Stato, che tende a reprimere gli abusi collegando le immunità all'effettivo servizio svolto.

Come giustamente fa notare il Bonini⁶⁵ «v'è una tendenza a chiedere le esenzioni sulla base di un investimento modesto, rispetto al patrimonio in altro modo impiegato», ed a reinvestire i profitti così tratti

⁶³ R. BONINI, *o.c.* 46.

⁶⁴ R. BONINI, *o.l.c.*

⁶⁵ R. BONINI, *o.l.c.*

in differenti settori. I fini speculativi non possono essere, invece, la giustificazione delle immunità, che va invece trovata nel servizio reso per il pubblico bene:

D. 50.6.6(5).3 (Call. *ibid.*): Item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. Nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merita placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos reipublicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse.

Secondo Callistrato, la giustificazione delle immunità è solo nel fatto che chi svolge il servizio annonario è già sottoposto a pesanti oneri ed è giusto che venga esentato *a domesticis vexationibus*.

Gioca qui, a giustificazione delle immunità, una logica redistributiva, ed è proprio per questa logica che le immunità sono strettamente personali, legate all'effettivo svolgimento del servizio:

D. 50.6.6(5).4 (Call. *ibid.*): Immunitati, quae naviculariis praestatur, certa forma data est: quam immunitatem ipsi dumtaxat habent, non etiam liberis aut libertis eorum praestatur: idque principalibus constitutionibus declaratur.

Callistrato attesta che il fenomeno di trasformazione funzionale dell'attività dei naviculari è chiaramente in atto: per lo Stato è ormai importante la proprietà delle navi⁶⁶ ed un'idonea garanzia patrimoniale⁶⁷. Inoltre l'attribuzione dei privilegi opera sempre più a favore delle imprese di più grosse dimensioni, come attesta una significativa testimonianza di Scevola relativa ad un provvedimento di Marco Aurelio⁶⁸.

D. 50.5.3 (Scaev. 3 *regul.*): His, qui naves marinas fabricaverunt et ad annonam populi romani praefuerint non minores quinquaginta milium modiorum aut plures singulas non minores decem milium modiorum, donec hae naves navigant aut aliae in earum locum, muneris publici vacatio praestatur ob navem.

⁶⁶ D. 50.6.6(5); A.H.M. JONES, *o.l.c.*

⁶⁷ D. 50-6.6(5).7, 13.

⁶⁸ S. SOLAZZI, *o.c.* 49.

Un tonnellaggio di 50,000 *modii* è pari a circa 155 tonnellate moderne: è un tonnellaggio notevole, se si tiene presente che esso indica solo la quantità di merci trasportate. Ciò, mentre prova l'aumento del traffico con il relativo aumento del tonnellaggio medio delle navi da commercio⁶⁹, spiega perché la forma associativa di esercizio professionale sembra essere in Callistrato dominante rispetto all'esercizio individuale.

5. *Origine e strutture delle associazioni professionali dei naviculari.*

– Abbiamo finora tralasciato di affrontare il tema delle origini e della natura giuridica delle associazioni professionali dei naviculari, perché, come detto all'inizio, si è cercato di approfondire prima l'evolversi delle loro funzioni economico-commerciali. È venuto ora il momento di affrontare il problema, citando in primo luogo, due famosi e criticati passi rispettivamente di Gaio e Callistrato:

D. 3.4.1 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque principalibus constitutionibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt⁷⁰.

⁶⁹ J. ROUGÉ, *o.c.* 72.

⁷⁰ Il passo è di quelli fondamentali nella storia della dottrina romanistica. Analizzato, giudicato interpolato nella maggiore parte del testo, costituisce una pietra miliare per la storia dell'evoluzione della nozione di capacità giuridica, dei termini *collegium* e *corpus*. Non possiamo citare l'immensa letteratura esistente, per non appesantire le note della ricerca. Per i riferimenti bibliografici rimandiamo al F. DE VISSCHER, *o.c.*, 43 s., R. ORESTANO, *o.c.* 123 ss.; R. BONINI, *o.c.* 44, nt. 49; B. ELIACHEVITC, *o.c.* 59 ss. In complesso la polemica si è sviluppata in dottrina intorno all'uso classico o post-classico della parola *corpus* in relazione al termine *collegium*, prendendo le mosse da E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione delle persone giuridiche*, in *Studi di dir. rom.* (1933) 102, nt. 1. Un altro problema, relativo al passo, riguarda il senso

Gaio riferisce del *ius coeundi* concesso ai *navicularii* di Roma e delle province, al senso della concessione e alle conseguenze per il concreto esercizio della professione dei naviculari si riferisce Callistrato:

D. 50.6.6(5).12 (Call. *ibid.*): Quibusdam collegiis vel corporibus, quibus ius coeundi lege permissum est, immunitas tribuitur: scilicet eis collegiis vel corporibus, in quibus artifices sui causa unusquisque adsumitur, ut fabrorum corpus est et si qua eandem rationem originis habent, id est idcirco instituta sunt ut necessariam operam publicis utilitatibus exhiberent. Nec omnibus promiscue, qui adsumpti sunt in his collegiis, immunitas datur, sed artificibus dumtaxat.

Callistrato «coglie i collegi professionali in un momento tra i più caratteristici della loro storia»⁷¹, ed incentra il discorso sulle immunità e sulla istituzione collegiale, entrambe giustificate dalla pubblica utilità: si rende ben conto che la *ratio* dell'associazione professionale è proprio l'esercizio di una attività in comune, *artificii sui causa*, ma d'altra parte deve constatare che i collegi hanno struttura complessa. Vi sono infatti membri che non svolgono attività professionale, ed è ovvio che costoro siano esclusi dal godimento di privilegi collegati all'effettivo esercizio del servizio⁷²: anzi lo Stato, come abbiamo visto, con il provvedimento di Antonino Pio⁷³, vigila per evitare abusi.

Questa struttura complessa dei *corpora naviculariorum* ha indotto il Rougé⁷⁴ a ritenere che essi riproducano la stessa struttura delle società dei

della disposizione legislativa relativa ai collegi. Si discute se in Gaio si debba rinvenire una prova di un'originaria creazione dei collegi da parte dello Stato, cfr. M. ROSTOVZEV, *o.c.* 186; F.M. DE ROBERTIS, *Il fenomeno* cit. 332. Al contrario J.P. WALTZING, *o.c.* 2.35 parla soltanto di riconoscimento statale di realtà associative esistenti. Gli artt. citt. in nt. 1 hanno ampiamente affrontato tali problemi, inquadrandoli nella più vasta storia delle disposizioni legislative che, sia alla fine della Repubblica, sia con i provvedimenti cesariani (cfr. F.M. DE ROBERTIS, *Il diritto* cit. 195 ss.) o augustei (tesi generalmente accettata), con la *Lex Iulia de collegiis*, hanno ristretto e regolato la libertà associativa. La nostra prospettiva di studi è però diversa: le testimonianze gaiana e callistratea servono alla nostra ricerca solo per attestare la presenza di forme associative di esercizio del naviculariato.

⁷¹ R. BONINI, *o.c.* 46.

⁷² F.M. DE ROBERTIS, *sv. Collegium* cit.

⁷³ D. 50.6.6(5).12.

⁷⁴ J. ROUGÉ, *o.c.* 430 ss.

pubblicani. La tesi piuttosto complessa, prende le mosse proprio dal passo esaminato di Callistrato, individuando naviculari attivi ed onorari: questi ultimi non sarebbero esercenti l'industria nautica, bensì fornitori di capitali, esclusi dai privilegi, ma godenti gli utili degli investimenti fatti.

La tesi è indubbiamente suggestiva, in quanto se vera, permetterebbe di riscrivere la storia dei naviculari come la storia delle trasformazioni delle strutture mercantili e capitalistiche romane.

La composizione dei collegi, di tutti i collegi professionali, è, però, sempre stata assai eterogenea: sorti come associazioni professionali aventi gli scopi più svariati, da quello religioso a quello di mera tutela, hanno sempre accolto nelle loro fila donne, fanciulli, membri non esercenti la professione, potenti⁷⁵. Callistrato coglie, con acutezza, proprio questa realtà, e non può non concludere che la esclusione dai privilegi di tali membri sia cosa ovvia, in un sistema in cui le immunità sono giustificate dal servizio effettivamente reso. È necessario, inoltre, verificare nell'andamento concreto della professione la possibilità di una distinzione tra membri attivi ed onorari. Le trasformazioni in atto nel contenuto economico-funzionale dell'attività navicularia, con una sempre più spiccata rilevanza della proprietà della nave sull'effettivo esercizio dell'attività armatoriale, rendono quanto mai problematica una distinzione tra naviculari attivi ed onorari. Che senso, infatti, avrebbe l'esistenza di naviculari onorari con una funzione spiccatamente economico-patrimoniale, quando il contenuto preminente di tale professione sembra essere divenuto quello di possedere navi?

6. *Dati epigrafici*. – L'indagine deve ora spostarsi per ricostruire, dopo l'insieme dei provvedimenti legislativi relativi all'assetto del naviculariato, i profili economici e sociali dei destinatari, giovandosi soprattutto del materiale epigrafico, che getta qualche luce sul livello economico di alcuni naviculari e sulla redditività dell'esercizio di una tale professione.

Si assiste nell'alto impero ad una vasta proliferazione di collegi *naviculariorum* e si rinvencono, anche, imprenditori isolati.

⁷⁵ J.P. WALTZING, *sv. Collegium* cit. 374 s.; A.H.M. JONES, *o.c.* 172 s., concorda nel ritenere le associazioni professionali come corpi sociali, non collegati strettamente con le attività economiche dei loro membri. Uomini potenti erano infatti membri di più corporazioni simultaneamente, cfr. Plin. *Ep.* 10.33-34.

Iscrizioni relative ai naviculari si trovano nelle città marittime d'Italia, sia tirreniche che adriatiche⁷⁶: un'iscrizione di Ostia ed una di Roma⁷⁷ attestano la presenza di naviculari del mare Adriatico, appartenenti alle città Pesaro, Salona, Ravenna; a Pesaro troviamo i naviculari riuniti in una corporazione assieme ai *fabri*, *centonari*, *dendrophori*⁷⁸; inoltre, numerosi documenti menzionano armatori di Sardegna, Africa, Spagna⁷⁹.

Il maggiore numero di iscrizioni si rinviene tuttavia ad Ostia, precisamente nel cd. Piazzale delle Corporazioni, uno spiazzo circondato da un portico coperto, in cui si aprivano delle stanze che, nel caso dei naviculari, dovevano fungere da uffici di navigazione⁸⁰.

Probabilmente, il colonnato fu originariamente destinato ad ospitare le rappresentanze commerciali di privati imprenditori. Le 61 piccole stanze del porticato possono infatti contenere merci, ma potevano essere luoghi di contrattazione⁸¹: ciò facilitava, ovviamente, il compito del *procurator annonae*, che trovava qui concentrate rappresentanze dei commercianti e trasportatori di grano.

Il Calza⁸² ritiene che i naviculari, come i commercianti, fossero concentrati qui d'autorità sotto Augusto e che il portico fosse uno dei principali centri di controllo statale fino al III sec. d.C.

Il Rostovzev⁸³ ha sostanzialmente accettato questa opinione, che corrobora la sua tesi di iniziale creazione statale dei collegi annonari; di contrario avviso il Meiggs⁸⁴ che, giustamente, vede tale ipotesi contrastante con la generale politica di relazioni tra Stato e naviculari.

Le iscrizioni sono numericamente molto ridotte: di quelle che restano⁸⁵, sei si riferiscono a città africane (tra cui Cartagine, Sabrata,

⁷⁶ J.P. WALTZING, *o.l.c.*, cfr. il ricco materiale epigrafico ivi citato.

⁷⁷ CIL. 6.9682; M.C. BOTTIGELLI, *o.c.* 70 ss.; A.H.M. JONES, *o.c.* 184, nt. 4 non ritiene che i *navicularii maris Hadriatici* costituiscano una corporazione ostiense.

⁷⁸ CIL. 11.6362, 6369.

⁷⁹ J. TOUTAIN, *o.c.* 323; J.P. WALTZING, *o.c.* 2.34 ss.; M. BESNIER, *o.c.* 23 ss.

⁸⁰ M.C. BOTTIGELLI, *o.c.* 71; G. CALZA, *Il piazzale delle corporazioni e la funzione commerciale di Ostia*, in *Bull. Comm. Arch. Rom.* 43 (1916) 178 ss.; D. VAGLIERI, *o.c.* 539 ss.; R. MEIGGS, *Roman Ostia* (1960) 285 ss.; M. ROSTOVZEV, *o.c.* 186 ss.

⁸¹ R. MEIGGS, *o.c.* 287; T. FRANK, *o.c.* 5.242 ss.

⁸² G. CALZA, *o.c.* 178.

⁸³ M. ROSTOVZEV, *o.l.c.*

⁸⁴ R. MEIGGS, *o.c.* 285; T. FRANK, *Notes cit.* 74 ss.

⁸⁵ J. TOUTAIN, *o.c.* 324; per le iscrizioni relative all'Africa cfr. CIL. 14.4549.10, 11, 12, 14, 17, 18, 23, 34; per la Sardegna cfr. CIL. 14.4549.19, 21.

Hippo Diarrjthos), una settima porta il nome di Turris in Sardegna. Un'altra iscrizione attesta la presenza di armatori di Alessandria⁸⁶.

Non sono presenti testimonianze di *stationes* appartenenti a naviculi spagnoli, sebbene le iscrizioni testimoniano che essi fossero attivi ad Ostia⁸⁷.

Altri dati ci vengono, però, offerti dalle iscrizioni dipinte su numerosi frammenti di vasi, scoperti sul monte Testaccio, la collina di un chilometro di circonferenza e trentadue metri di altezza, interamente formata da frammenti di ceramica, presso l'*emporium* dell'Aventino⁸⁸.

Gli armatori, infatti, facevano dipingere i loro nomi su questi recipienti per evitare contestazioni in caso di incidenti⁸⁹.

Il Frank⁹⁰ ha condotto un'analisi delle anfore arrivando alle seguenti conclusioni: questi navigatori erano usualmente cittadini romani, come provano i *tria cognomina*, ma il *cognomen* di origine servile prova che essi erano generalmente liberti o di discendenza libertina. Sono stati registrati i nomi di circa 150 proprietari di navi.

È da considerare la storia di uno di essi, Sesto Fadio Pap. Secondo Musa, al cui nome sono intestate 11 anfore del monte Testaccio.

Un'iscrizione a Narbona riporta il suo nome nel testo di una lettera nella quale Sesto Fadio offre alla corporazione dei carpentieri la somma di 16.000 sesterzi⁹¹; inoltre egli partecipa nel 140 d.C. alla ricostruzione del Capitolo della sua città⁹².

Oltre a lui vi sono altri dello stesso *nomen* sulle anfore del Testaccio che si aggiungono ai *cognomina* Aniceto (3855-3861), Paonus (3862). Inoltre in CIL. 15.3874, un'anfora reca dipinta il nome *Fadio-rum*: questi altri *Fadii* erano probabilmente o liberti o membri liberi del gruppo familiare dei *Fadii*, come crede il Frank⁹³.

Oltre ai *Fadii*, le anfore del Testaccio riferiscono il nome di un altro armatore narbonense, *P. Olitius Apollonius* (CIL. 15.3974-3975),

⁸⁶ CIL. 14.4549.40; cfr. inoltre CIL. 14.478, 479.

⁸⁷ CIL. 14.397, 4778, 4822.

⁸⁸ J. TOUTAIN, *o.c.* 323.

⁸⁹ A. HÉRON DE VILLEFOSSE, *Deux armateurs narbonnais*, in *Mél. Sec. Antiq. Franc.* 74 (1915) 153 ss.

⁹⁰ T. FRANK, *An Economic Survey* cit. 5.270 ss.; J. ROUGÉ, *o.c.* 250 ss.

⁹¹ CIL. 12.4393. La lettera è datata nell'anno 149 d.C.: cfr. G.M. MONTI, *o.c.* 100 ss.

⁹² J. ROUGÉ, *o.l.c.*

⁹³ T. FRANK, *o.l.c.*

di cui iscrizioni narbonensi⁹⁴ confermano l'appartenenza ad un altro grosso gruppo familiare, gli *Olitii*, esercenti l'industria nautica. Si sono ritrovati, ancora, dei marchi d'anfora recanti il nome degli *Aponii*⁹⁵, a cui appartiene un *Chereas* narbonense, probabilmente naviculario⁹⁶, augure e questore della sua città, e, a titolo onorifico, duumviro ed augure in un certo numero di porti siciliani⁹⁷.

L'esercizio del naviculariato a Narbona avviene, di conseguenza, in forma familiare, assolutamente libero da rapporti con lo Stato.

Dei 150 nomi conservati sul monte Testaccio molti hanno *cognomina* greci e servili: la prevalenza di *cognomina* libertini e provinciali, ed il fatto che tutti questi uomini portino il *nomen* di un cittadino, sembra confermare l'ipotesi del Frank⁹⁸, secondo il quale molti degli esercenti l'industria nautica abbiano guadagnato l'affrancamento in seguito all'editto claudiano su citato.

È una considerazione assai importante, che si sposa con quelle sopra svolte in ordine al basso tonnellaggio richiesto da Claudio per godere dei benefici, al fine di rafforzare l'ipotesi che la professione di naviculare rappresenti nel I e nel II sec. d.C. un importante meccanismo di elevazione sociale dei ceti imprenditoriali e libertini della società romana. Le anfore del Testaccio, inoltre, a volte, portano inciso il nome di un solo individuo, a volte il nome dello stesso individuo insieme con altri nomi di *navicularii*: ciò sembrerebbe confermare che i membri delle cd. società armatoriali esercitassero contemporaneamente attività individuali, mediante il possesso di più vascelli⁹⁹.

Un'iscrizione lionese¹⁰⁰ attesta la presenza, in questa città, di un naviculare che ha ricevuto, a Pozzuoli come a Lione, un certo numero

⁹⁴ CIL. 12.4406.

⁹⁵ CIL. 15.4072.

⁹⁶ A. HÉRON DE VILLEFOSSE, *o.c.* 182 ss.

⁹⁷ J. ROUGÉ, *o.l.c.*

⁹⁸ T. FRANK, *o.c.* 5.273; A.H.M. JONES, *o.c.* 182 ss.

⁹⁹ T. FRANK, *o.c.* 5.274.

¹⁰⁰ CIL. 13.1942; J. ROUGÉ, *o.c.* 251, ntt. 7, 8; Lione, che sorgeva al punto di congiunzione della Saona con il Rodano, punto focale del sistema stradale gallico, era fiorente centro commerciale ed amministrativo. Tra gli addetti alla navigazione vi erano molti liberti, ed una considerevole colonia orientale, che comprendeva uomini di rango nelle loro città native. Cfr. A.H.M. JONES, *o.c.* 182 s.; J.P. WALTZING, *o.c.* 558 ss.; per il materiale epigrafico relativo a Lione cfr. CIL. 13.1736-2445.

di onori municipali. Costui, di nome, *Q. Capitonius Probatas senior*, porta a fianco del suo nome il titolo prestigioso di *domo Romae*, attestante stretti rapporti con l'urbe. Il fatto che il suo monumento funerario si trovi a Lione, attestandone la residenza abituale in codesto porto fluviale, induce il Rougé¹⁰¹, a credere che la sua impresa non avesse grandi dimensioni, e le sue navi, appunto perché adatte ad una navigazione fluviale, non avessero un grande tonnellaggio; l'opinione del Rougé sembra scarsamente attendibile, in quanto era possibile che *Probatas* risiedesse fuori del luogo abituale di residenza; inoltre il fatto che egli ricevesse onori a Pozzuoli indurrebbe a credere che egli gestisse, oltre a traffici fluviali, anche trasporti marittimi.

Il Rostovzev¹⁰² riporta la fotografia del monumento funerario di un ricco naviculare di Leptis Magna, che forse esportava bestie feroci dal centro dell'Africa, come mostrano le navi e gli emblemi funerari scolpiti nei pilastri del monumento onorario.

Ad Arles l'organizzazione del naviculariato si presenta assai particolare: abbiamo infatti iscrizioni concernenti naviculari individuali non legati ad alcuna organizzazione (CIL. 12.704); iscrizioni concernenti membri del *corpus naviculariorum*¹⁰³; iscrizioni concernenti *quinque corpora naviculariorum*¹⁰⁴. I naviculari di Arles erano senza dubbio potenti commercianti, riuniti in grosse compagnie armatrici, svolgenti un ruolo fondamentale nei traffici relativi all'annona, com'è provato dall'iscrizione, ritrovata a Beyrouth¹⁰⁵ contenente il testo di una lettera indirizzata ai naviculari di Arles dal prefetto dell'annona Claudio Giuliano nel 201 d.C.

È proprio nell'organizzazione del naviculariato di Arles che il Rougé crede di avere trovato i modelli di quelle società armatrici, strutturate sul tipo delle società dei pubblicani, comprendenti naviculari effettivi ed onorari; egli parte dall'ipotesi che non fosse conveniente per i naviculari di Arles costituire cinque *corpora*, intesi come asso-

¹⁰¹ J. ROUGÉ, *o.c.* 257.

¹⁰² M. ROSTOVZEV, *o.c.* 386.

¹⁰³ CIL. 12.982; A.H.M. JONES, *o.c.* 183; J.P. WALTZING, *o.c.* 3, 524 ss.; per il materiale epigrafico relativo ad Arles cfr. CIL. 12.654-977, 5804-5824.

¹⁰⁴ CIL. 12.672.

¹⁰⁵ CIL. 3.14165.8; cfr. A. BAROT, *Les naviculaires d'Arles à Beyrouth*, in *Revue Archéologique* 5 (1905) 262 ss.

ciazioni professionali in senso stretto, disperdendo i loro interessi ed indebolendo la loro posizione nei confronti dell'annona. Inoltre è discutibile, a suo avviso, che il numero dei naviculari di Arles fosse cresciuto talmente da formare, invece che il solo iniziale *corpus*, ben cinque *corpora*, come crede invece il Constans¹⁰⁶; è solo in seguito all'evoluzione delle organizzazioni professionali che i cinque *corpora* si sarebbero unificati nell'unico *corpus naviculariorum*.

La tesi del Rougé non sembra inattaccabile: quali prove attestano che i cinque *corpora* fossero formati da naviculari attivi ed onorari? Siamo d'accordo con il Rougé che le 5 società arelatensi raccogliessero membri assai ricchi e potenti, ma non si vede come questo possa essere in contraddizione con la tradizionale struttura associativa dei collegi, che potevano benissimo avere tra le proprie fila membri assai potenti, a fianco di altri meno forniti o addirittura per nulla interessati all'attività imprenditoriale.

Non è da escludersi la possibilità che il numero degli esercenti il naviculariato fosse ad Arles, nella metà del II sec., così numeroso da formare 5 *corpora* invece del solo iniziale, come crede il Constans¹⁰⁷, soprattutto in considerazione dell'enorme importanza assunta da Arles come porta del florido mercato gallico¹⁰⁸. Inoltre, gli interessi dei naviculari d'Arles non venivano pregiudicati dal fatto di essere frantumati in 5 invece che del solo *corpus*, perché, come fa notare lo stesso Rougé¹⁰⁹, i 5 *corpora* agivano in concerto come un *corpus* unico nei confronti dei funzionari dell'annona, come indica la lettera di Claudio Giuliano nell'iscrizione citata.

Il quadro generale, delineato dalle fonti epigrafiche, mostra per il I, II e metà del III sec. forme di esercizio professionale dell'attività navicularia assai eterogenee; si va dalle forme individuali a quelle associative, dai piccoli collegi *naviculariorum* del mare Adriatico ai potenti

¹⁰⁶ L.A. CONSTANS, *Arles antique* (1921) 194 ss.

¹⁰⁷ L.A. CONSTANS, *o.l.c.*

¹⁰⁸ A.H.M. JONES, *o.c.* 167; ad Arles erano acquistabili prodotti di tutte le parti dell'impero. Per quanto riguarda la composizione sociale degli addetti alla navigazione, la conclusione a cui porta il materiale epigrafico è la stessa che a Lione e ad Ostia; essi sono per la maggiore parte liberti ed orientali, non appartenenti all'aristocrazia locale. Cfr. A.H.M. JONES, *o.c.* 183.

¹⁰⁹ J. ROUGÉ, *o.c.* 432.

corpora arelatensi. Non è però testimoniata una differenza strutturale della composizione dei collegi; vi è solo una differenziazione in ordine alla grandezza delle operazioni commerciali intraprese. Gli interessi della politica statuale sono ovviamente di determinare il crescere delle dimensioni delle imprese, al fine di disporre di forti organizzazioni, capaci di assicurare trasporti efficienti e sicuri. Ciò porta alla discriminazione nel godimento dei privilegi a favore delle imprese con un maggiore numero di vascelli ed alla trasformazione del contenuto economico dell'attività navicularia in senso sempre più spiccatamente patrimoniale, ma non alla diversificazione della struttura interna dei collegi. La nostra tesi raccoglie, ci sembra, la testimonianza callistratea relativa alla struttura collegiale, senza forzare il senso delle sue affermazioni, con tesi suggestive ma allo stato non dimostrabili.

7. Segue. *Livello economico degli addetti alla professione.* – Dobbiamo ora cercare di determinare il livello economico degli addetti alla professione.

Le fonti epigrafiche offrono qualche dato relativo alla ricchezza dei *Fadii*, che, a ragione, il Rougé¹¹⁰ considera tra i più ricchi abitanti di Arles: abbiamo visto infatti come uno di essi, Sesto Fadio Musa, sia protettore di altre corporazioni, le assista finanziariamente, e contribuisca alla ricostruzione del Capitolo della colonia distrutta da un incendio.

Tertulliano attesta¹¹¹ che Marcione, arricchitosi attraverso l'esercizio dell'attività navicularia, al suo arrivo a Roma, donò alla chiesa capitolina 200.000 sesterzi, somma assai alta, pari all'esercizio di una nave di 10.000 *modii* sulla rotta Alessandria Roma per 12 anni¹¹².

Un interessante punto di riferimento è costituito dall'Editto diocleziano relativo alla disciplina dei prezzi¹¹³, purtroppo mutilo per la parte riguardante i prezzi di trasporto dei *frumenta fiscalia*: per quanto riguarda il prezzo del trasporto del grano di 1^a qualità, sappiamo che esso in-

¹¹⁰ J. ROUGÉ, *o.c.* 374.

¹¹¹ Tert. *De Prescr. contr. heret.* 30.1-2.

¹¹² J. ROUGÉ, *o.l.c.*; Marcione, però, non era un naviculario in senso stretto, ma esercitava attività commerciali in senso lato.

¹¹³ J. ROUGÉ, *o.c.* 369; E.R. GRASER, *The Economic Significance of Two New Fragments of the Edict of Diocletian*, in *TAPA*. 71 (1940) 157 ss.

cideva sul prezzo finale del grano stesso, per la rotta Alessandria Roma, per 1/6 del suo valore¹¹⁴, costo non eccessivo in relazione a quello dei trasporti terrestri. Questa tariffa poteva assicurare all'armatore, calcolando due viaggi, a pieno carico, sulla stessa rotta Alessandria Roma ed uno più corto, un reddito annuo di 200.000 sesterzi lordo, con una nave di 10.000 *modii*, da cui poi bisogna detrarre le spese¹¹⁵. Si tratta ovviamente di un calcolo puramente congetturale, compiuto inoltre su prezzi artificialmente bassi, che, verosimilmente, non furono mai applicati nella pratica¹¹⁶. Tale entrata, pur calcolando il tasso di inflazione per l'epoca pari a circa il 230% rispetto al I sec.¹¹⁷, costituisce un discreto reddito in rapporto alle retribuzioni degli alti gradi burocratici dello Stato¹¹⁸.

8. *L'evoluzione della professione dai Severi a Costantino*. – La successiva evoluzione nell'assetto professionale dei *navicularii* dai Severi a Costantino interessa solo marginalmente una ricerca limitata, come la nostra, a determinare il ruolo economico-funzionale dei naviculari fino al III sec. d.C.

Sappiamo comunque che i privilegi sotto Settimio Severo vengono regolati definitivamente¹¹⁹.

L'*Historia Augusta*¹²⁰ ci informa che Alessandro Severo avrebbe obbligato le associazioni professionali romane a riunirsi tutte in corporazioni. Ad Aureliano¹²¹ è attribuito un nuovo assetto delle distribuzioni alimentari alla città di Roma; noi concordiamo con il Rougé¹²² nell'accettare con riserva la notizia dell'*Historia Augusta* relativa ad Alessandro Severo, che sembra riflettere preoccupazioni tipiche del IV sec. La presenza nell'Editto diocleziano dei prezzi relativi al libero trasporto di frumento sembra attestare con una certa sicurezza la presenza di trasporti marittimi totalmente liberi da controlli statali.

¹¹⁴ *Ed. Diocl.*, 17.1-5.

¹¹⁵ J. ROUGÉ, *o.c.* 373.

¹¹⁶ Lact, *De mort. persec.* 7.6-7.

¹¹⁷ M. MAZZA, *o.c.* 371.

¹¹⁸ J. ROUGÉ, *o.c.* 373.

¹¹⁹ D. 50.6.6(5).4.

¹²⁰ *Hist. August. Alex. Sev.* 33.

¹²¹ *Hist. August. Aurel.* 48.

¹²² J. ROUGÉ, *o.c.* 475 ss.

Ma l'interesse di individuazione del contenuto economico dell'attività professionale in esame, ci spinge ad analizzare una costituzione di Costantino del 314¹²³, illustrata dal Gaudemet¹²⁴:

CTh. 13.5.2: *Imp. Constantinus A. Amabiliano Praefecto Annonae.* Navicularios ad consortium pistorum urbicorum nominatos neque ulla hereditatis successione pistoribus obnoxios absolvi ab hoc munere oportebit. Quod si hereditario iure forsitan pistoribus teneantur, facultatem habeant, si forte maluerint, obventicias pistorum hereditates eidem corpori reddere aut quibuscumque proximis defuncti cedere, ut ipsi a pistorum consortio liberentur. Quod si hereditatem amplectantur, necesse est successionis ratione pistorii muneris societatem eos suscipere et ex propriis facultatibus onera navicularia sustinere, v(iro) c(larissimo) pr(ae)f(ecto) urbi super hac re videlicet disceptante. *Dat. Kal. Iun. Trev(iris) Constantino A. IIII et Licinio IIII Conss.*

Il regime professionale, quale è delineato nella costituzione costantiniana, è ormai profondamente mutato¹²⁵. Regolando il reclutamento del personale necessario alla corporazione dei naviculari, Costantino introduce una vera e propria obbligazione *propter rem*, che comporta l'asservimento del patrimonio dei corporati, oltre all'obbligazione personale in virtù della quale sono costretti con i loro discendenti a partecipare alla corporazione¹²⁶. Esaminando il caso in cui un naviculare sia obbligato *hereditario iure* alla funzione pistoria, l'imperatore dichiara che egli potrà, abbandonando i beni ricevuti gravati dalla funzione pistoria, o cedendoli a qualche parente del defunto, sottrarsi alla funzione pistoria, altrimenti dovrà partecipare al *pistorium munus* per i beni acquisiti a titolo ereditario. Nel 319 una costituzione¹²⁷ regola la situazione del panettiere che, per sfuggire al *munus*, ha

¹²³ CTh. 13.5.2; cfr. J. GAUDEMET, *Constantin et le recrutement des corporations professionnelles*, in *ACIV*. 4 (3953) 17 ss., in particolare per quanto riguarda la data del provvedimento 19, nt. 3; C. DUPONT, *Le réglementation économique dans les constitutions de Constantin* (Lilla 1963) 122 ss.

¹²⁴ J. GAUDEMET, *o.l.c.*

¹²⁵ R. AMBROSINO, *Riferimenti all'ordinamento associativo romano*, in *Bull. Comm. Arch. Rom.* 77 (1939) 85 ss.

¹²⁶ J. GAUDEMET, *o.c.* 17.

¹²⁷ CTh. 14.3.1.

venduto i suoi beni: il panettiere, nonostante l'alienazione dei beni, rimarrà astretto alla funzione.

Nel 326 però Costantino, regolando l'alienazione dei beni operata dal naviculare per sfuggire agli oneri, conferma, in ossequio alla norma del 314, che il carico passa all'acquirente dei beni¹²⁸.

Il Gaudemet¹²⁹ intuisce che, sotto questo diverso regime, si cela una diversa natura del servizio preteso. Se si tratta di una prestazione personale, come nel caso dei panettieri, è logico continuare a tenerli astretti alla funzione, nonostante l'alienazione, perché bisogna preservare un patrimonio personale di cognizioni tecniche acquisito; se, al contrario, si tratta di un servizio di natura eminentemente patrimoniale, è chiaro che la funzione debba restare attaccata al patrimonio e non alla persona¹³⁰. Ciò è conforme, ribadisce il Gaudemet¹³¹, alla distinzione tra *munera personalia* e *munera patrimonii*, fatta da Ermogeniano¹³² tra i quali vanno compresi appunto i *munera rei naviculariae*.

Carisio¹³³ dà un'identica classificazione dei *munera* catalogando il *munus pistorium* tra i *munera personalia*.

Eppure, nonostante queste considerazioni, Gaudemet respinge tale interpretazione delle costituzioni costantiniane e rinuncia a spiegare questi provvedimenti legislativi, affermando che essi debbono la loro diversa configurazione a necessità contingenti, che esigevano risposte di natura pragmatica e quindi empiriche.

¹²⁸ CTh. 13.6.1.

¹²⁹ J. GAUDEMET, *o.c.* 23.

¹³⁰ Parliamo di funzione patrimoniale e non di contribuzione finanziaria, come invece fa J. GAUDEMET, *o.l.c.*; nella nostra ricerca abbiamo tentato di dimostrare come il contenuto economico della funzione navicularia evolva verso una sempre maggiore, ma non assoluta, prevalenza della proprietà della nave rispetto all'esercizio diretto della funzione armatoriale. Non si può, però, fino alla metà del IV sec. d.C., ridurre la funzione dei naviculari a quella di semplici contribuenti, come sembra credere il Gaudemet, e con lui soprattutto C. SAUMAGNE, *Un tarif fiscal au IV siècle*, in *Karthago* 1 (1930) 105 ss., ed H. PIGEONNEAU, *L'Annone* cit. Costoro, infatti, si riferiscono ad una zona determinata, l'Africa, e per un periodo limitato (IV sec. d.C.), quando interpretano in tale modo il contenuto della funzione navicularia.

¹³¹ J. GAUDEMET, *o.l.c.*

¹³² D. 50.4.1.1. (Herm. 1 *Epit.*).

¹³³ D. 50.4.18 (Caris *l. s. de muner. civil.*); per un approfondimento della teoria dei *munera* nelle fonti giuridiche cfr. F. GRELLE, «*Munus publicum*», *terminologia e sistematiche*, in *Labeo* 7 (1961) 308 ss.; M. MAZZA, *o.c.* 451 ss.; M. NUYENS, *La théorie des munera et l'obligation professionnelle au bas Empire*, in *RIDA* 5 (1958) 520 ss.

Ma noi, che abbiamo osservato come il contenuto economico dell'attività navicularia vada evolvendo in senso più spiccatamente patrimoniale, crediamo di potere rinvenire in esse una conferma che l'interesse dello Stato fosse, appunto, nella conservazione della consistenza patrimoniale dei naviculari, nella logica di una funzione divenuta prevalentemente economico-patrimoniale e solo eventualmente tecnica. Non vediamo perché il Gaudemet trovi tale interpretazione non confacente con la realtà legislativa, in quanto riferentesi a provvedimenti intimamente contraddittori, visto che, con la costituzione del 326, il *pistorium munus* viene legato al patrimonio ricevuto dal naviculario a titolo ereditario, affettando anche costui ad un servizio di natura personale. Si tratta in realtà di questioni diverse: da un lato, infatti, v'è la regola generale, stabilita nella costituzione del 314 e confermata in quella del 326, secondo la quale è sul patrimonio che grava il *munus navicularium*; dall'altra, v'è una oscillazione tra la costituzione del 314 che lega il naviculario, qualora lo voglia, per i beni ricevuti e nei limiti di essi, al *munus pistorium*, esclusivamente per la garanzia patrimoniale, e quella del 319, che, nella logica di un servizio tecnico e personale qual è quello del panettiere, non libera il *pistor* che ha alienato i suoi beni. Da una parte dunque una regola generale, confermata dalla norma speciale successiva, e confacente all'evoluzione del contenuto economico del naviculariato; dall'altra un'oscillazione dovuta al fatto che, con la costituzione del 314, si è regolato il caso specifico del passaggio di un patrimonio gravato dal *munus pistorium*, di natura eminentemente personale, ad un soggetto gravato dal *navicularium munus*, di natura patrimoniale, del tutto eterogeneo rispetto al primo. La norma non poteva imporre al naviculario di fare il panettiere, si è quindi limitata a garantire la conservazione della garanzia patrimoniale per lo svolgimento del *pistorium munus*. Una tale cosa è, invece, in grado di imporre la costituzione del 319, in quanto il soggetto che ha alienato i beni è proprio un *pistor*: in questo caso, si deve conservare alla professione un patrimonio di abilità tecnica, ed in questo senso provvede Costantino.

9. *Conclusioni.* – L'indagine ha l'obiettivo di delineare un profilo dei mutamenti nel contenuto economico-funzionale del naviculariato fino al III sec. d.C. La politica annonaria dello stato romano,

l'espansione dei traffici commerciali costituiscono i principali fattori evolutivi delle strutture dell'azienda di trasporto marittimo, determinando la specializzazione dei ruoli tecnici, finanziari e commerciali al suo interno: in questo quadro, la proprietà della nave tende a differenziarsi dall'esercizio delle attività armatoriali e delle funzioni nautiche, attribuendo sempre maggiore importanza all'impiego di grandi risorse finanziarie; si differenziano, quindi, le grandi aziende dalle piccole nelle quali ultime la condotta tecnica e la proprietà conservano più antichi equilibri.

Le funzioni economiche e tecniche dei *navicularii* non possono essere determinate con eccessiva rigidità, essendo solo possibile mettere in rilievo gli aspetti professionali che tendenzialmente appaiono prevalenti.

L'evoluzione della professione, dal I sec. d.C., sembra essere determinata dall'aumento del livello generale dei traffici e dalle esigenze annonarie dello Stato, che causano una trasformazione strutturale dell'azienda di trasporto marittimo, con la conseguente diversificazione, al suo interno, dei ruoli tecnici e commerciali.

I rapporti proprietà della nave-esercizio della stessa non sono, di conseguenza, determinabili in linea generale, ma solo in relazione all'effettiva grandezza delle aziende.

Per l'età di Augusto, infatti, il non grande sviluppo dei traffici commerciali, pur se da quest'epoca in espansione, è causa di una ridotta dimensione delle aziende di trasporto marittimo, con una conseguente, non differenziazione tra proprietà ed esercizio della nave.

L'accrescersi delle necessità annonarie dello Stato determina, però, un accentuato interesse pubblico a disporre di forti organizzazioni capaci di assicurare trasporti efficienti e sicuri per le derrate. Spinto da questa necessità, Claudio cerca, con la concessione di privilegi¹³⁴ che rendono conveniente l'investimento nei trasporti marittimi, di mobilitare il maggiore numero possibile di detentori di ricchezza: cittadini, donne, liberti.

Con la concessione dell'esenzione dai *munera civilia*, di cui si ha notizia sotto Adriano¹³⁵, si assiste all'ulteriore ingresso nella professione navicularia dei proprietari terrieri i quali tentano, attraverso l'investimento nei trasporti marittimi, di sfuggire al decurionato.

¹³⁴ Gai. *Inst.* 1.32; Svet. *Claud.* 18.2-19.

¹³⁵ D. 50.5.3 (Scaev. 3 *regul.*).

L'accesso alla professione navicularia di persone prive di competenze tecniche determina, di conseguenza, l'evoluzione del contenuto tecnico-economico della professione stessa, con l'accentuazione dell'aspetto patrimoniale – proprietà della nave – rispetto all'esercizio diretto dell'attività armatoriale.

Il *munus navicularium* è, infatti, considerato nelle costituzioni costantiniane di natura patrimoniale, nella logica di una professione che si realizza ormai prevalentemente nell'investimento di beni nella proprietà di navi.

Questa evoluzione è maggiormente avvertibile per le aziende di maggiori dimensioni, nei cui confronti si concentra l'interesse statale, mentre per le piccole imprese il ruolo del naviculare permane indifferenziato, comportando la gestione diretta di attività armatoriali e l'esercizio di attività nautiche eminentemente tecniche.

II

LE STRADE ROMANE NELLE DOTTRINE GIURIDICHE E GROMATICHE DELL'ETÀ DEL PRINCIPATO

1. *La dottrina romana delle strade nella letteratura.* – La ricerca si propone di offrire un quadro generale dei problemi maggiormente dibattuti a proposito della rete viaria romana.

L'impostazione privilegerà l'aspetto giuridico della problematica, ricca ovviamente di spunti diversi ed egualmente interessanti, che emergerà all'interno della cultura giuridica del principato in relazione alla dottrina delle strade¹.

L'indagine, pure incentrata sullo stato della, scienza giuridica del tempo, verterà intorno agli aspetti generali della condizione giuridica delle *viae* romane, in quanto persistono, all'interno della riflessione giurisprudenziale classica, echi di assetti più antichi.

Il senso della 'contemporaneità', che permea la giurisprudenza romana², gioca la sua parte in questa singolare sincronia di problemi nella riflessione giuridica; per quanto, però, attiene più specificamente alla qualificazione delle *viae*, concorre a configurare il dibattito la sostanziale omogeneità dell'assetto strutturale della rete viaria, sia per quanto attiene ai sistemi costruttivi, sia per quanto attiene al sistema di organizzazione gromatica della rete agraria di comunicazione.

¹ Per una sintesi dei problemi relativi allo stato della cultura giuridica nel secondo secolo d.C. vedi F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C., il senso del passato*, in *ANRW*. II.15 (Berlino-New York 1976) 132-175.

² F. CASAVOLA, *Cultura e scienza*, cit. 145 ss.; C.A. MASCHI, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*² (Milano 1966) 159 ss.

Lo Herzig, nel suo lungo saggio dedicato al problema del *römische Straßenwesen*³, ha impostato la ricerca essenzialmente sui dati epigrafici, illustrando il sistema di costruzione, di finanziamento, di manutenzione delle *viae publicae*, di quelle strade sulle quali, ovviamente, era particolarmente intensa la tutela amministrativa da parte dello Stato, ed intorno alle quali, anche per tradizione culturale, sono fioriti gli studi archeologici, epigrafici e storici⁴.

³ H.E. HERZIG, *Probleme des römischen Straßenwesens: Untersuchungen zu Geschichte und Recht*, in ANRW. II.1 (Berlino-New York 1974) 594-648, in particolare 604 ss.

⁴ È chiaro che le *viae publicae*, quale strumento dell'imperialismo romano, sono state l'occasione per la celebrazione, in chiave ideologica, della grandezza di Roma. Cfr. in particolare G. CAPITANI - G.E. GARELLI DELLA MORTA, *sv. Strade ordinarie*, in *Digesto italiano* XXII.2 (1895) 651 ss.; V. CHAPOT, *sv. Via*, in CH. DAREMBERO - E. SAGLIO, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines* V (Parigi 1912) 781 ss.; G.H. STEVENSON, *sv. Roads*, in *Oxford Classical Dictionary* (Oxford 1949) 770. Per una prospettiva già parzialmente diversa cfr. F. FRANCHINI, *sv. Strade pubbliche, private e vicinali*, in NDI. XII.2 (1940) 1114 ss., e da ultimo M.T. MORRONE, *sv. Strade (dir. rom.)*, in NNDI. XVIII (1971) 469 ss., con l'ampia bibliografia ivi citata a proposito delle principali arterie romane. Per la letteratura di carattere epigrafico vedi H.E. HERZOG, *Namen und Daten der Via Aurelia*, in *Epigraphica* 32 (1970) 50 ss.; T.P. WISEMAN, *Via Aurelia Nova and Via Aemilia Scauri*, in *Epigraphica* 33 (1971) 27 ss. Un filone di studio che appare di particolare interesse è quello relativo, alla *cura viarum*, nell'ambito più generale dello studio delle curatele augustee. Le curatele augustee (di cui è testimonianza Svet. Aug. 37), nel principato, assumono una rilevanza assolutamente nuova nell'ordinamento amministrativo; esse rappresentano degli strumenti politici di grande importanza per la mobilitazione del consenso nei confronti del regime. La *cura aquarum*, la *cura alvei Tiberis*, la *cura viarum*, la *cura operum publicorum* rappresentano dei canali funzionali attraverso i quali si dilata l'immagine del regime dedito al benessere della *res publica*, garanzia e strumento di stabilizzazione delle condizioni di vita del *civis Romanus*. La ricostruzione storica delle figure e dei poteri dei vari funzionari amministrativi non è particolarmente difficile, trovando riscontro in provvedimenti legislativi determinati ed in un complesso di testimonianze storiche, giuridiche ed epigrafiche sufficientemente attendibili. La letteratura sull'argomento è ampiamente citata da F. GRELLE, *sv. Cura*, in NNDI. III (1958) 46 ss., e dallo H.E. HERZIG, *Probleme*, cit. 642 ss.; per la documentazione epigrafica vedi L. CANTARELLI, *La serie dei curatori italici delle vie durante l'impero*, in *Bullettino della Commissione Archeologica Romana* 19 (1891) 81 ss. Cfr. da ultimo A. PALMA, *Le "Curae" pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane* (Napoli 1980).

Nella letteratura romanistica il Voigt⁵ ed il Brugi⁶ segnano, a nostro avviso, punti di riferimento essenziali per gli studi successivi.

I due romanisti impostarono i loro lavori orientandoli sulla relazione tra problemi della viabilità agraria ed il sistema della divisione dei fondi, in una prospettiva destinata ad avere esiti fecondi tra gli studiosi che si sono successivamente occupati del problema.

Esula dall'oggetto di questa ricerca una disamina della letteratura, del resto non eccessivamente vasta, dedicata ai problemi delle strade romane. Segnaliamo, tuttavia, due recenti contributi, del Franciosi⁷ e del Capogrossi Colognesi⁸. Il Franciosi, in un'opera dedicata allo studio delle servitù prediali, ha affrontato alcuni aspetti problematici della viabilità agraria, in relazione all'origine delle servitù rustiche, in particolare dell'*iter*, *actus*, *via*⁹. Il Capogrossi Colognesi¹⁰ ha, da ultimo, offerto, nella seconda parte dell'opera dedicata alla formazione dei *iura praediorum* nell'età repubblicana, un'aggiornata sintesi dei problemi relativi all'assetto del sistema stradale romano.

Nella letteratura romanistica la dottrina delle *viae* è strettamente connessa a quella delle servitù prediali: il rapporto appare logico se si

⁵ M. VOIGT, *Über das römische System der Wege im alten Italien*, in *Berichte üb. d. Verb. d. phil.-hist. Classe der Kön. Sächs. Ges. d. Wissenschaften zu Leipzig* 26 (1872) 29 ss.; vedi ancora M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte* I (Lipsia-Stoccarda 1872; rist. Aalen 1963) 443 ss.

⁶ B. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle dei Digesto* (Verona-Padova 1897) 331 ss.; le note del B. BRUGI a F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette VIII* (tr. it. Milano 1900) 16 ss., in *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* I, *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"* 25 (1880) 321 ss.; ID., II, *ibid.* 27 (1881) 165 ss.; ID., *L'opinione di Teofilo circa la servitù di passo nel diritto romano*, *ibid.* 29 (1882) 521-527; ID., *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali*, IV, *ibid.* 34 (1885) 141-152, in *Per la dottrina del passo necessario secondo il diritto romano*, *ibid.*, 39 (1887) 433-442; ID., *Subseciva*, *ibid.* 38 (1887) 489-500; ID., *Nuovi studi sugli Agrimensori Romani*, *Rendiconti della Reale Accademia dei Lincei* 12 (1903) 1 dell'estr.

⁷ G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali* (Napoli 1967) in part. 4-118.

⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II (Milano 1976) 1 ss.

⁹ Per una sintesi vedi G. FRANCIOSI, *Studi*, cit. 1 ss.

¹⁰ Il romanista ha dedicato parte dei suoi scritti allo studio delle servitù prediali, vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano* (Milano 1966); ID., *Una servitus*, in *Studi in onore di G. Grosso* V (Torino 1972) 231 ss.; ID., *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana* I (Milano 1969).

considera in quale misura la rete di comunicazione esistente all'interno della *centuriatio* dipenda dalle servitù di transito, strumenti giuridici a disposizione dei privati per la regolamentazione convenzionale dell'accesso ai fondi.

La ricerca sarà, tuttavia, specificamente impostata sul tentativo di focalizzare i rapporti tra la tripartizione ulpiana delle *viae* ed i dati emergenti dalla reale organizzazione del sistema quale viene delineata negli scritti dei gromatici; tenteremo, in particolare, di dimostrare che la tripartizione ulpiana rappresenta un momento di particolare formalizzazione dei dati reali, con rilevanti implicazioni per quanto attiene alla tutela dei *bona publica* destinati all'uso collettivo.

2. La classificazione ulpiana di D. 43.8.2.21.

D. 43.8.2.21 (Ulp. 68 *ad ed.*): Viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est: non enim sicuti in privata via, ita et in publica accipimus: viae privatae solum alienum est, ius tantum eundi et agendi nobis competit: viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur¹¹.

¹¹ Per la correzione di *relictum ad directum* vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 17, nt. 16; contra E. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 357. Gli editori del digesto milanese propongono: *relictum ac directum*; F. EISELE, *Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht* (Basilea 1873) 6, nt. 1, propone la correzione *relictum aut directum*, sulla base del valore tecnico di *dirigere* nella divisione agraria. In proposito vedi Hyg., *de cond. agr.* 83.19 (THULIN, LACHMANN 120.19): *Et statuerunt decimanos et cardines maximos patentiores ceteris esse, quintarios autem et subbruncivos minime patentis, non minus tamen quarta (qua) vebiculo iter agi possit*; Sic. Flacc., *de cond. agr.* 122.18 (THULIN, LACHMANN 158.8): *Limitum quoque modus in quibusdam regionibus per amplum spatium exceptus est, in quibusdam vero modo assignationis cessit*. Il *relictum* del testo ulpiano indicherebbe appunto, per il BRUGI, lo spazio eccettuato dall'assegnazione per essere destinato a *via publica*. Gli scritti degli agrimensores del I e del II sec. d.C. (Frontino, Balbo, Siculo Flacco, Igino gromatico, Igino), raccolti nel V secolo in una collezione comprendente anche un elenco di colonie e municipi, il '*Liber Coloniarum*' edizione completa in K. LACHMANN, *Gromatici veteres* I (Berlino 1848, rist. Roma 1967), parziale in C. THULIN, *Corpus agrimensorum Romanorum* I.1 (Lipsia 1913; rist. Stoccarda 1971), costituiscono un serbatoio inesauribile di dati sulla tecnica della divisione del terreno e relativa rete viaria. Nel prosie-

Ulpiano, trattando, nel suo commentario *ad edictum*, degli àmbiti di applicatione dell'*interdictum* 'in via publica itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit fiat, veto'¹², accenna ad una classificazione delle vie, qualificandone le singole categorie. Sembra, però, che, in un tale contesto, Ulpiano sia naturalmente portato a tipizzare le nozioni di via pubblica e privata, attraverso una definizione dei caratteri formali di esse; sicché la complessa ed articolata organizzazione stradale che subì adattamenti alle più disparate esigenze che realtà lontane proponevano¹³ appare nella riflessione ulpianea rigorosamente filtrata.

Per intendere il pensiero di Ulpiano è necessario inquadrarlo nell'orizzonte ideologico in cui si muove un giurista, inserito nel *consilium principis* di Alessandro Severo, nella determinazione della sfera giuridica pubblica; il discorso, cioè, investe necessariamente il problema dei criteri di individuazione dei *loca publica*, criteri che costituiscono i referenti naturali delle definizioni ulpianee.

Sembra, in primo luogo, che nel citato passo il carattere pubblico della via sia collegato alla proprietà pubblica del suolo su cui sono costruite: *viam publicam eam dicimus, cuius etiam solum publicum est*. L'*etiam* sembra rafforzare l'ipotesi della necessità della pertinenza pubblica del terreno: l'uso pubblico non appare, infatti, sufficiente, ma bisogna che 'anche' il suolo sia pubblico.

È necessario l'intervento del magistrato rivolto alla *publicatio* del suolo affinché quest'ultimo possa essere destinato alla generale utilizzazione: *viae autem publicae solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui ius publicandi habuit, ut ea publice iretur commearetur*.

È, però, vero che il termine *publicus* sembra indicare sia il tipo di appartenenza (*solum publicum*) che di utilizzazione (*publice iretur*

guo citeremo la numerazione delle pagine dell'edizione del Thulin, e, secondo i criteri filologici correnti, anche le pagine dell'edizione del Lachmann corrispondenti. La sola edizione Lachmann sarà utilizzata, naturalmente, per i testi non riportati dal Thulin.

¹² D. 43.8.2.20 (Ulp. 68 *ad ed.*). V. O. LENEL, *Palingensia iuris civilis* II (Lipsia 1889, rist. Graz 1961) 806; ancora cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* (Lipsia 1927, rist 1956) 458 s.; bibliografia in G. LONGO, *sv. Interdicta de itineribus publicis* in *NNDI*. VIII (Torino 1962) 800 ss.

¹³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 35; vedi bibl. cit. in nt. 3.

commearetur)¹⁴, per cui il carattere della *via* sembra essere la risultante della combinazione di due criteri: appartenenza ed utilizzazione.

Si privilegia, tuttavia, il criterio dell'appartenenza della sede stradale, criterio nel passo prevalente, determinando una configurazione delle *viae privatae* fondata sul carattere privato della sede stradale (*solum alienum*), trascurandone l'aspetto dell'uso pubblico (*ius tantum eundi et agendi nobis competit*)¹⁵.

3. *Necessità di un esame complessivo di D. 43.8.2.21-23. Carattere eccentrico del termine privatus nella teorica ulpiana della tripartizione delle viae.*

D. 43.8.2.22: Viarum quaedam publicae sunt, quaedam privatae, quaedam vicinales. Publicas vias dicimus, quas Graeci βασιλικάς, nostri praetorias, alii consulares vias appellant. Privatae sunt, quas agrarias quidam dicunt. Vicinales sunt viae, quae in vicis sunt vel quae in vicos ducunt: has quoque publicas esse quidam dicunt: quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. Aliter atque si ex collatione privatorum reficiatur, nam si ex collatione privatorum reficiatur, non utique privata est: refectio enim idcirco de communi fit, quia usum utilitatemque communem habet. 23. Privatae viae dupliciter accipi possunt, vel hae, quae sunt in agris, quibus imposita est servitus, ut ad agrum alterius ducant, vel hae, quae ad agros ducunt, per quas omnibus commeare liceat, in quas exitur de via consulari et sic post illam excipit via vel iter vel actus ad villam ducens. Has ergo, quae post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes, putem etiam ipsas publicas esse¹⁶.

¹⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 18, nt. 17.

¹⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 20 e nt. 19, ritiene comunque l'affermazione ulpiana ambigua.

¹⁶ Il MOMMSEN, propone la cancellazione dei due *post* alla fine del § 23. Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 23, nt. 24, ritiene spuria anche l'espressione *vel iter vel actus*, in quanto quest'ultima espressione rappresenterebbe una deviazione della logica del discorso e non concorderebbe con *excipit* e *ducens* al singolare; si tratterebbe quindi di un maldestro glossema. Tutto il passo giudicato dal L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 24, nt. 26, scorretto e faticoso. La frase *et sic post illam*

Le vie, dunque, secondo Ulpiano, si dividono in pubbliche, in private ed in vicinali: le prime sono quelle che i Greci chiamano βασιλικαί e che i Romani qualificano *praetoriae* o *consulares*; private sono le vie agrarie; vicinali sono quelle che *in vicis sunt* o *in vicos ducunt*, pubbliche se non derivano *ex collatione privatorum*.

La partecipazione dei privati alla *refectio* e non anche alla *collatio* della *via* non ne muta il carattere pubblico, in quanto la *refectio* è considerata come un contributo, corrispettivo dell'uso.

Nel successivo § 23 Ulpiano accenna a due categorie di vie private: quelle che *sunt in agris*, sulle quali è imposta una servitù di transito a favore dell'*ager alterius*; quelle che *ad agros ducunt*, attraverso le quali è lecito a tutti transitare.

Il giurista, sia pure a titolo personale, è indotto a considerare pubbliche le vie che *post consularem excipiunt in villas vel in alias colonias ducentes*, vie che, in coerenza ai principi ispiratori della sua analisi, sono propriamente private¹⁷, essendo la sede stradale collocata su suolo di proprietà privata.

Se, nel § 21, Ulpiano tende a tipizzare la classificazione, successivamente è indotto, dalla stessa complessità della situazione reale, ad

excipit via vel iter vel actus ad villam ducens sarebbe infatti scarsamente connessa con il resto del brano: Ulpiano inizierebbe a trattare delle vie private che *ad agros ducunt*, con le quali *exitur de via consulari*; poi tornerebbe indietro per dire che quella via privata che si collega alla consolare conduce *ad villam*, luogo diverso dagli *agri* precedentemente indicati come destinazione delle stesse vie private; inoltre il testo subirebbe una modifica, passando dal plurale al singolare (*ad villam ducens* riferito sia a *via* che ad *iter* ed *actus*) ritornando successivamente al plurale (*excipiunt e ducentes*). Il Capogrossi intuisce la scarsa attendibilità di una soluzione glossematica delle difficoltà del testo. Accogliendo questa tesi bisognerebbe eliminare l'intera frase da *etsi post* alla fine del passo; preferibile allora appare al Capogrossi presupporre una vicenda testuale più complessa: dando, infatti, per sicuramente spurie le parole *vel iter vel actus*, il testo, pur scorretto, sarebbe sostanzialmente ben concatenato, e farebbe pensare ad un taglio da un testo più ampio, in cui si approfondiva la *figura* delle vie private attraverso l'analisi di situazioni particolari, una delle quali sarebbe rappresentata dalle vie che, dipartendosi dalle consolari, conducevano alle ville rustiche. La spiegazione delle contraddizioni esistenti nel considerato brano (delle due classi di vie private una finisce con il diventare pubblica, cfr. B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 358), appare abbastanza faticosa ed esige troppe supposizioni, pure in un campo in cui la congettura sembra spesso essere l'unica via per spiegare difficoltà che probabilmente erano nella stessa teorica ulpiana.

¹⁷ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 26.

articolare l'analisi, introducendo la categoria delle *viae vicinales*, e caricando il termine *privatus* di un valore semantico indubbiamente 'eccentrico'¹⁸, ove si consideri che privata è la via lungo la quale *omnibus commeare liceat*.

La continua oscillazione tra i due criteri di classificazione, la pertinenza del terreno e la natura dell'uso, determina la successione di classificazioni diversamente ispirate.

Per le vie private, infatti, il giurista delinea un sistema ispirato alla viabilità rurale: le vie private sono identificate con le agrarie; all'interno del sistema l'attenzione del giurista è rivolta alle vie oggetto di una forma di utilizzazione interpersonale, attraverso un rapporto di servitù o di forme di uso collettivo non inquadrabili in schemi giuridici definiti. Sembrano neglette, nell'analisi, le vie, i sentieri il cui godimento è limitato al privato proprietario della sede stradale.

Per le vie vicinali Ulpiano sembra, invece, recuperare pienamente la prospettiva del § 21, procedendo ad una qualificazione fondata precipuamente sulla proprietà del terreno: private sono, infatti, le vie vicinali che derivano *ex collatione privatorum*, pubbliche quelle per le quali ai proprietari confinanti spetta solo l'obbligo della *refectio*¹⁹.

La categoria delle vie vicinali è quindi unitariamente considerata solo da un punto di vista funzionale, come vie che *in vicis sunt vel ... in vicos ducunt*²⁰.

¹⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 25.

¹⁹ V. CHAPOT, *Via*, cit. 728 afferma che le vie vicinali avevano pressoché sempre il carattere di vie pubbliche, in specie quelle che appartenevano alle municipalità, presentando l'opinione di Ulpiano come personale del giurista. Sulla stessa linea L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 31, nt. 30. A noi non sembra che Ulpiano si ponga in termini di contraddizione rispetto all'*opinio communis*, muta nel giurista la prospettiva della classificazione. Ulpiano tenta di determinare gli ambiti di applicazione degli *interdicta* a tutela dei *loca publica*, ed è indotto a trascurare le caratteristiche funzionali e materiali delle vie vicinali, nella pratica, soprattutto gromatica, considerate di uso pubblico.

²⁰ Secondo il B. BRUGI, *Studi sulla dottrina romana delle servitù prediali* I, cit. 361, Ulpiano distingue, con mirabile esattezza, le vie di varia larghezza che conducono ai campi, da quelle che, traversando per diritto di servitù un fondo, conducono all'altro fondo dominante. Questa distinzione sarebbe una eco della complessa realtà materiale, costituita dai sentieri colonari della *limitatio*. L'analisi del BRUGI ha appunto il pregio di evidenziare questo complesso rapporto; le contraddizioni del passo potrebbero allora attribuirsi, più che a mende testuali, alla necessità di costringere in

Torna utile, a questo punto; l'esame di:

D. 43.7.3 (Ulp. 33 *ad Sab.*): *Viae vicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum viarum numero sunt. - 1. Sed inter eas et ceteras vias militares hoc interest, quod viae militares exitum ad mare aut in urbes aut in flumina publica aut ad aliam viam militarem habent, harum autem vicinalium viarum dissimilis condicio est: nam pars earum in militares vias exitum habent, pars sine ullo exitu intermoriuntur*²¹.

Si conferma, nel passo, che le vie vicinali hanno carattere privato quando siano costituite *ex agris privatorum collatione*; pubblico qualora della *collatio* non si conservi memoria.

Da un punto di vista funzionale, la distinzione tra vie vicinali e militari (in questa categoria vanno comprese le principali vie di comunicazione) è fondata sulla più modesta funzione di collegamento svolta dalle vicinali: le vie militari collegano le città ed hanno sbocco nel mare ed in un fiume pubblico o in altra via militare; le vicinali hanno, in parte, esito in una via militare, in parte non hanno sbocco, assolvendo a una funzione di mero collegamento interagrario.

Dunque, si qualificano pubbliche o private vie, quali le vicinali, che si caratterizzano precipuamente sotto il profilo funzionale e rifuggono di conseguenza da rigide qualificazioni dogmatiche. Si considera, infatti, privata una via che, pure derivata *ex collatione privatorum* di cui *memoria exstat*, è la prosecuzione di una via militare e pertanto necessariamente aperta al pubblico.

Consegue allora l'insufficienza del mero criterio dell'appartenenza pubblica del suolo nella determinazione della condizione giuridica

schemi formali, di natura riassuntiva, una realtà che si adattava liberamente alle necessità dei luoghi e delle popolazioni.

²¹ Il frammento sarebbe tratto dalla stessa opera, il commentario 'Ad Sabinum' libro 33, da cui è tratto D. 43.7.1. (Pomp. 30 *ad Sab.*), per cui parrebbe giustificata la sostituzione, nella rubrica, di Ulpiano con Pomponio; in tale senso O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, cit. 145. Dello stesso avviso il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 4, nt. 4.

Il problema non è puramente testuale, perché accogliendo la sostituzione, sulla scia, del resto, degli editori del Digesto milanese, l'opinione di Ulpiano, lungi dall'apparire personale del giurista, costituirebbe un momento consolidato della riflessione giuridica.

di vie di uso collettivo, pure essendone privata la sede stradale; di qui la caratteristica di una classificazione formale, fondata sul mero criterio del tipo di diritto costituito sul terreno²², nella quale l'accezione di via pubblica appare ristretta.

Emerge allora la necessità di un breve esame dell'orizzonte ideologico in cui si muove ancora la giurisprudenza degli inizi del terzo secolo d.C., per la quale la classificazione dei *loca publica* di uso collettivo, in particolare di quei luoghi che, privati quanto alla pertinenza del suolo, sono tuttavia di pubblica utilizzazione, appare costituire un nodo culturale non ancora risolto.

4. *I lineamenti della dottrina romana dei loca publica*. – Sembra che, nel quadro dell'organizzazione pubblica romana, vengano ad emergere delle relazioni giuridiche, il cui inquadramento concettuale sia avvenuto al di fuori dello schema logico dell'appartenenza, al di fuori cioè dell'imputazione immediata al *populus* nel suo insieme e, più tardi, al *princeps*²³.

Così l'Orestano introduce il problema della classificazione giuridica delle *res in usu publico*, di quelle *res*, cioè, nei cui confronti il popolo assume la qualità di utente piuttosto che di titolare di un diritto.

Già il Vassalli²⁴ aveva sostenuto che il concetto di *res publica* avesse, nell'età dei Severi, compiuto un'evoluzione: se, originariamente, nella categoria delle *res publicae* erano da comprendersi sia le *res in pecunia populi* che quelle *in publico usu*, all'epoca dei Severi, assorbendo il *fiscus* tutto ciò che interessava la finanza pubblica, l'aggettivo 'pubblico' sarebbe rimasto a qualificare le sole cose destinate all'uso pubblico, acquistando così un contenuto oggettivo, dato dallo scopo e dal regime, anziché dalla soggettiva referenza²⁵.

²² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 35 s.

²³ R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano* (Torino 1968) 296 ss.

²⁴ F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le "res publicae" e le "res fiscales" in diritto romano*, in *Studi Senesi* 25 (1908), ora in ID., *Studi giuridici II* (Milano 1960) 3ss.; vedi anche ID., *Premesse storiche all'interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, in *Acque e trasporti I* (1917) 92, ora in ID., *Studi giuridici II*, cit. 13 ss.

²⁵ G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le cose* (Modena 1930) 88 ss.: "D'altra parte, il concetto dell'appartenenza al popolo sarebbe divenuto assai evanescente per

Sarebbero state, di conseguenza, qualificate come pubbliche anche cose di privati purché destinate al pubblico uso. L'Orestano, pur accettando il nucleo fondamentale della tesi del Vassalli, propende a considerare come coesistenti *ab antiquo* due concezioni, per cui certe relazioni erano viste secondo il metro o dell'appartenenza o della pubblica utilizzazione.

Il nucleo fondamentale della tesi dell'Orestano sembra essere costituito dalla triplice configurazione delle relazioni di appartenenza emergente dalle fonti²⁶: da queste, infatti, appare scaturire una considerazione oggettiva di quelle relazioni, nel senso che la qualifica di *publicus* è concepita come una qualità inerente alle cose stesse, una loro condizione oggettiva e perpetua, che esse hanno di per sé o in base a norme positive o consuetudinarie o, infine, per l'attività di un magistrato munito di *ius publicandi*. Talvolta, anche, le relazioni di appartenenza vengono riferite alla totalità dei membri della comunità considerati in concreto, *uti cives*. Emerge, ancora, una terza concezione, in base alla quale talune *res* vengono considerate come centri autonomi di riferimento delle relazioni giuridiche.

Questi diversi criteri si applicherebbero alle relazioni di appartenenza che i Romani non riconducevano al *populus*, inteso come centro autonomo di riferimento delle stesse.

Già in Pomponio si coglierebbe una netta distinzione tra i *loca* che sono del *populus* ed i *loca in usu publico*²⁷; anzi al fine di evitare

il Vassalli, in quanto a tale rapporto si rese estraneo ogni contenuto patrimoniale, poiché il *populus* non fu più soggetto di diritti patrimoniali, ed allora le cose in pubblico uso che prima si consideravano del popolo romano sarebbero divenute vere e proprie *res nullius*. Parziale accettazione della tesi del Vassalli fa il Grosso, in quanto essa coglierebbe bene una tendenza, accentuatasi in diritto giustiniano, senza però che tale limitazione dell'aggettivo *publicus* divenisse mai assoluta e sistematica. Contro la tesi del Vassalli si era già pronunciato P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* II.1 (Roma 1926) 66 ss., e successivamente il G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso* I (Torino 1927) 75 s., nt. 1; inoltre G. BRANCA, *Le cose "extra patrimonium humani iuris"* (Trieste 1940) 53 e nt. 1 e 25 ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose* I (Milano 1945) 89 ss., 104 ss.

²⁶ R. ORESTANO, *Il problema*, cit. 304.

²⁷ D. 18.1.6. pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscunque rei si scias (prohibitam) alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est Campus Martius.*

equivoci si giunge a negare che le cose *in usu publico* possano essere correttamente definite pubbliche²⁸.

Secondo l'Orestano²⁹ le vie pubbliche derivano la loro qualificazione dall'essere oggettivamente destinate alla pubblica utenza.

Per il Capogrossi Colognesi³⁰, nella giurisprudenza del II sec. d.C., a partire da Pomponio, sembra affermarsi un atteggiamento volto ad individuare come pubbliche solo le vie di pertinenza pubblica ed in uso pubblico; atteggiamento innovatore rispetto alla giurisprudenza antecedente che, invece, tendeva a configurare il carattere pubblico delle vie fondandosi esclusivamente sul tipo di esercizio.

Per

Fest. *de verb. sign. s.v. viae* (L. 508): *Viae sunt et publicae, per (quas) ire ager) e omnibus licet, et privatae, quibus neminem uti ... praeter eorum quorum sunt,*

il criterio distintivo sembra essere quello dell'utilizzazione: pubblica per le *viae publicae*, riservata al proprietario per le *privatae*³¹.

Pomponio, in

D. 43.7.1 (Pomp. 30 *ad Sab.*): *Cuilibet in publicum petere permitendum est id, quod ad usum omnium pertineat, veluti vias publicas itinera publica: et ideo quolibet postulante de his interdicitur,*

²⁸ D. 50.16.15 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Dona avitatis abusive "publica" dicta sunt: sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt. D. 50.16.17. pr. (Ulp. 10 *ad ed.*): Inter "publica" habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona. Ulpiano afferma che i beni delle città sono impropriamente detti pubblici, perché tale qualifica spetta solo ai beni di proprietà del *populus Romanus*; di conseguenza, a stretto rigore, non sono pubblici nemmeno i beni destinati *publicis usibus*, a meno che non appartengano al popolo romano.*

²⁹ R. ORESTANO, *Il problema*, cit. 305.

³⁰ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 16 s.

³¹ L'integrazione accolta sul testo festino, non presente nell'edizione del LINDSAY, è dovuta al TH. MOMMSEN, *Festi codicis quaternio decimus sextus*, in *Philol. u. hist. Abhandl. d. Königl. Akad. d. Wiss. zu Berlin*, 1864 (Berlino 1865), ora in ID., *Gesammelte Schriften* VII (Berlino 1909) 278 s. Inoltre vedi G. BRANCA, *Le cose*, cit. 159-204 sul problema della tutela dei luoghi pubblici ed il rapporto tra protezione amministrativa ed interdittale.

sembra non solo recepire, ma anche ampliare a tutti i beni pubblici il criterio di valutazione fondato sulla pubblicità dell'uso.

Per il Capogrossi Colognesi³², invece, il passo affermerebbe un fatto abbastanza ovvio: le vie pubbliche sono destinate al pubblico uso. Ben difficilmente secondo l'autore, si raggiungerebbero risultati affidanti se si fondasse solo su questo testo la soluzione del problema della determinazione dei criteri di classificazione delle vie pubbliche³³; ritiene, inoltre, l'autore possibile che uno dei criteri di determinazione, nella specie quello dell'appartenenza della sede stradale, possa essere rimasto implicito nel discorso pomponiano, e ciò sconsiglierebbe di privilegiare, in base ad esso, uno dei criteri di determinazione: la pubblicità dell'uso³⁴.

Le affermazioni del passo, raccolto sotto la rubrica '*De locis et itineribus publicis*', hanno, in verità, portata generale per quanto attiene alla legittimazione attiva alla tutela interdittale.

Non si tratta, inoltre, di privilegiare un criterio, il tipo di utilizzazione, prescindendo completamente dalla pertinenza dello stesso *locus*; non è però probabile che uno dei citati criteri sia restato implicito o presupposto nella definizione di pubblico come destinato ad uso pubblico.

Si tratta, quindi, di rinvenire il criterio che viene assunto come essenziale ai fini della qualificazione di *publicus locus* e della conseguente applicazione della tutela interdittale pubblica.

Bisogna tener conto, infine, che la tutela interdittale viene concessa a seguito del riconoscimento della pubblicità del *locus*; essa è in sostanza una spia per la rilevazione della condizione giuridica del *locus*, non uno strumento di determinazione della stessa condizione.

Questa considerazione è da tenere presente nell'analisi di:

D. 43.8.2.5 (Ulp. 68 *ad ed.*): Ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet, quae publico usui destinata sunt, ut, si quid illic fiat, quod privato noceret, praetor intercederet interdicto suo.

³² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 6.

³³ Vedi però anche D. 18.1.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*), che il Capogrossi Colognesi svaluta senza motivazione.

³⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, l.c.

Il passo va inquadrato nel contesto di D. 43.8.2, in quanto un'analisi complessiva contribuisce ad una sua più piena comprensione.

Di fatti, dopo avere in D. 43.8.2.1 esposto la formula dell'interdetto³⁵, Ulpiano introduce l'analisi delle varie situazioni da esso tutelate:

D. 43.8.2.2: Hoc interdictum prohibitorium est et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque, et tantum iuris habemus ad optinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet.

Nella prima parte del passo Ulpiano afferma che i privati hanno l'uso dei luoghi pubblici *iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque*; nella seconda parte si commisura la pretesa ad ottenere il godimento alla tutela giudiziaria³⁶.

Si ha nel brano un caso di imputazione alla totalità dei *cives* dell'uso dei *loca publica*: l'uso dei *loca publica* spetta a tutti senza che nessuno possa dirsene proprietario o possessore a titolo particolare³⁷.

Nel paragrafo successivo

D. 43.8.2.3: Publici loci appellatio quemadmodum accipiatur, Labeo definit, ut et ad areas et ad insulas et ad agros et ad vias publicas itineraque publica pertineat,

Ulpiano, richiamandosi al parere di Labeone, esemplifica una serie di *loca* che sono soggetti alla tutela interdittale pubblica³⁸.

³⁵ D. 43.8.2 pr. (Ulp. 68 ad ed.): *Praetor ait: "Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto editto decretove principum tibi concessum est. De eo quod factum erit interdictum non dabo"*.

³⁶ R. ORESTANO, *Il problema*, cit. 310 s.

³⁷ R. ORESTANO, *Il problema*, l.c., avverte nel passo un'ambiguità latente espressa nel *quasi*. Ulpiano si trova di fronte "ad una zona grigia in cui non si sente di escludere completamente che non vi sia un *quid* di individuale, di proprio a ciascuno, come risultato di questa imputazione totalistica. Il giurista, nell'inciso *iure scilicet civitatis*, palesa una concezione a metà strada fra imputazione totalistica in senso concreto all'*universitas* dei *cives* ed un'imputazione totalistica contaminata con il richiamo ad un'astratta nozione di *civitas*".

³⁸ Vedi G. MELILLO, *Interdicta e operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, in *Labeo* 12 (1966) 189.

Il giurista chiarisce il meccanismo per il quale è concessa ai privati la tutela interdittale: il privato è tutelato in quanto pubblico utente, latore, di conseguenza, di un interesse giuridicamente emerso.

Nessuna intonazione tassativa sembra avere poi l'elencazione dei *loca*: all'interno della più generale categoria dei luoghi pubblici Ulpiano pare attuare un'estrapolazione di quelli oggetto di pubblica utilizzazione, considerando solo questi ultimi suscettibili di tutela interdittale. Ciò consentirebbe ad Ulpiano di escludere, con coerenza, i *loca* che sono *in fisci patrimonio* dalla tutela interdittale, in quanto non suscettibili di utilizzazione da parte dei privati.

D. 43.8.2.4: Hoc interdictum ad ea loca, quae sunt in fisci patrimonio, non puto pertinere: in his enim neque facere quicquam neque prohibere privatus potest: res enim fiscales quasi propriae et privatae principis sunt³⁹.

Il testo, utilizzato dal Mommsen⁴⁰ per la sua teoria del *fiscus* come proprietà privata del *princeps*, introduce una problematica assai vasta e complessa.

A nostro avviso è chiara in esso l'estraneità delle *res fiscales* sia ai luoghi pubblici che ai privati, in quanto non suscettibili di alcuna forma di utilizzazione.

Contraria opinione ha chi ritiene che Ulpiano, dopo aver limitato la sfera di applicazione dell'interdetto ai *loca* di utilizzazione pubblica, escluderebbe le *res fiscales*, appunto in quanto non suscettibili di uso collettivo. Ciò però non implicherebbe alcuna equiparazione ai *bona privata*: le *res fiscales* sarebbero pertanto *res publicae*⁴¹.

L'Orestano⁴², tentando un'interpretazione del passo che non fosse riduttivamente limitata al solo problema della determinazione degli

³⁹ Il passo è considerato sospetto dal G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P. F. GIRARD II* (Parigi 1912) 535, nella parte relativa alle *res fiscales propriae et privatae principis sunt*.

⁴⁰ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ II.1 (Lipsia 1887) 998 e nt. 2; vedi anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 8 ss.

⁴¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 13 s.

⁴² R. ORESTANO, *Il problema*, cit. 249 s.; su posizioni sostanzialmente simili a quelle dell'Orestano, A. MASI, *Ricerche sulla rei privata principis* (Milano 1971) 51 ss. e nt. 236. L'Orestano ha tratto un elemento di conferma alla sua tesi dell'estraneità all'alternativa pubblico-privato del *fiscus* da una costituzione di Caracalla che distin-

ambiti di applicazione dell'interdetto, rileva la sostanziale estraneità delle *res fiscales* a possibili qualificazioni private o pubbliche. Il *quasi* ulpiano assumerebbe di conseguenza valore equiparativo ma non assimilativo.

Ulpiano, giurista dell'età imperiale, avvertiva così l'estraneità del *patrimonium fisci*⁴³ a parametri classificatori propri del tradizionale assetto dell'ordinamento giuridico, parametri che non potevano non tenere conto dell'assorbente realtà di un potere che si sovrapponeva all'ordinamento preesistente, strutturandosi attraverso moduli organizzativi assolutamente nuovi rispetto ai modelli tradizionali repubblicani.

La tesi mommseniana dell'appropriazione personale al *princeps* del fisco è indubbiamente coerente al fondamento privatistico del regime⁴⁴; è, però, da considerare che la posizione del *princeps* attiene alla sovranità, cioè a quella caratteristica posizione costituzionale che esclude ogni connotazione privatistica.

Il *fiscus*, allora, costituisce la cassa del *princeps*, inteso non come soggetto privato, ma come centro di imputazione di poteri sovrani⁴⁵.

gue tre tipi di rapporti processuali (*causa privata, causa publica, causa fiscalis*). C.I. 7.49.1: *Imp. Antoninus A. ad Gaudium: Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit. D. XIV k. Ian. duobus Aspris cons. (a. 212)*. Vedi per l'interpretazione del passo R. ORESTANO, *Il problema*, cit. 247 s.; A. MASI, *Ricerche*, cit. 52, nt. 236 menziona un passo di Ulpiano che richiama l'ordine dei tre tipi di rapporti processuali di cui alla precedente costituzione: D. 3.6.1.3 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Sed et constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum, prohibuit iudici vel adversario in publicis vel privatis vel fiscalibus causis pecuniam dare, et ex hac causa litem perire iussit*. Il passo è sospettato dal G. PROVERA, *La vindictio caducorum. Contributo allo studio del processo fiscale romano* (Torino s.d.ma 1964) 84 nt. 120.

⁴³ G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 189.

⁴⁴ V.P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³ (Roma 1974) 328 s., coll'ampia bibliografia citata dall'autore in nt. 57, ed il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 10, nt. 11.

⁴⁵ B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain* (Parigi 1942) 40, ritiene che il passo non solo non conferma la dottrina riferita nel testo, ma vi reca una smentita. Ulpiano, cioè, nel corso della sua analisi volta a qualificare giuridicamente il termine dell'editto *locus publicus*, esclude dall'applicazione dell'editto le *res fiscales*; una simile affermazione sarebbe stata pleonastica se le *res fiscales* fossero già state considerate private. Vedi anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² IV.2 (Napoli 1975) 907, nt. 58. Non si tratta comunque di considerare private le *res*

L'analisi ulpiana, non limitata alla disamina del problema della legittimazione interdittale, si connota di motivazioni dogmatiche generali; non v'è traccia di distinzioni operate dal giurista al fine di escludere i luoghi pubblici non suscettibili di utilizzazione dalla tutela interdittale.

Il riferirsi a Labeone mostra del resto che già nell'ultima epoca repubblicana ed all'inizio del principato, attraverso l'opera della giurisprudenza e del pretore, fosse in via di affermazione la funzione sociale dei beni pubblici⁴⁶. Di fatti il brano ulpiano riportato in D. 43.8.2, con le frequenti citazioni di pareri di Ofilio (D. 43.8.2.39), di Labeone (D. 43.8.2.13, 26-28, 41, 42), di Aristone (D. 43.8.2.7), di Nerva (D. 43.8.2.28)⁴⁷, rappresenta la eco di un dibattito dottrinario risalente, attraverso cui è possibile tentare di ricostruire, almeno per somme linee, lo stato della dottrina del primo principato intorno ai *loca publica* ed alla relativa tutela interdittale.

Appare probabile che, in una fase iniziale, la tutela dei luoghi pubblici sia stata attuata in via mediata attraverso la prevalente protezione dell'interesse privato sacrificato dall'attività dannosa condotta in un luogo sottratto alla immediata disponibilità dei singoli⁴⁸.

D. 43.8.2.13: Si quid in loco publico aedificavero, ut ea, quae ex meo ad te nullo iure defluebant, desinant fluere, interdicto me non teneri Labeo putat.

Labeone nega l'interdetto contro colui che abbia costruito su un suolo pubblico, interrompendo così il flusso dell'acqua indebitamente ricevuta dal fondo vicino. Nella decisione seppure viene in rilievo il carattere pubblico del suolo, è tuttavia prevalente la considerazione del rapporto tra i proprietari confinanti.

fiscales, ma al contrario di qualificare autonomamente le stesse *res* come fenomeni assolutamente autonomi rispetto alle *res* sia pubbliche che private.

⁴⁶ G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 189.

⁴⁷ Cfr. G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 186 ss. e ntt. 25, 26. La genuinità dei riferimenti a Labeone è accettata da A. BISCARDI, *La protezione interdittale nel processo romano* (Padova 1938) 122.

⁴⁸ Vedi F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "actiones populares"* (Napoli 1958) 15 ss.

Con maggiore chiarezza si afferma la tutela del fine collettivo nel § 26 di D. 43.8.2:

Si quis cloacam in viam publicam immitteret exque ea re minus habilis via per cloacam fiat, teneri eum Labeo scibit: immisisse enim eum videri.

La tutela interdittale è, infatti, concessa in quanto l'attività dannosa ha reso, *minus habilis* la via, ne ha diminuito l'utilizzabilità; assume così un rilievo autonomo la tutela del pubblico bene⁴⁹.

D. 43.8.2.28: Idem Labeo scribit, si quis in suo ita aedificaverit, ut aqua in via collecta restagnet, non teneri eum interdicto, quia non immittat aquam, sed non recipit; Nerva autem melius scribit utrumque teneri. Plane si fundus viam publicam contingat et ex eo aqua derivata deteriore viam faciat, quae tamen aqua ex vicini fundo in tuum veniat: si quidem necesse habeas eam aquam recipere, interdictum locum habebit adversus vicinum tuum: si autem necesse non sit, non teneri vicinum tuum, te tamen teneri: eum enim videri factum habere, qui usum eius aquae habeat.

Labeone e Nerva dissentono circa l'applicazione dell'interdetto nei confronti del proprietario di un fondo che, con una costruzione, ha deviato l'acqua di scolo, derivata dal fondo del vicino, dal proprio campo al suolo della pubblica via.

Per Labeone il proprietario che ha operato la costruzione, evitando lo scolo sul proprio terreno, non è soggetto all'interdetto, in quanto, evitando un danno, ha solo garantito la pienezza dei suoi diritti.

Per Nerva⁵⁰, invece, uno dei due proprietari è sempre tenuto dall'interdetto: quello che ha il fondo contiguo alla strada se poteva

⁴⁹ G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 191; per l'autore è evidente che, nell'età di Labeone, nell'istituto della tutela interdittale confluiscono ormai due strati; ma, di quella fase, appare dalle testimonianze esaminate la maggiore risalenza del fine private dell'interdetto, in quanto esperibile contro coloro che attraverso opere e iniziative sui luoghi pubblici potevano danneggiare interessi di singoli. L'evoluzione dell'interdetto verso una chiara caratterizzazione pubblica dovette derivare da un normale sviluppo della casistica giurisprudenziale e pretoria, che finì per tutelare ogni azione rivolta a diminuire l'attitudine dei beni pubblici alla loro materiale destinazione, considerato il danno, diretto o indiretto, che gli utenti venivano di conseguenza a subire.

⁵⁰ Per la determinazione della figura del Nerva in questione vedi G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 193, nt. 48.

canalizzare diversamente le acque; l'altro proprietario se necessariamente le acque si riversano nel terreno prossimo alla via pubblica.

La diversità delle opinioni dei due giuristi è probabilmente spiegabile oltre che con la diversità di personali visioni anche con il variare del clima politico ed ideologico del periodo.

La divergenza non appare, comunque, marginale perché radicalmente diversa è la prospettiva dei due discorsi: se la decisione di Labeone mira alla tutela dell'interesse del proprietario costruttore, Nerva tende ad evitare che la via possa subire danni che ne diminuiscano l'utilizzabilità.

Nel I secolo l'istituto della tutela interdittale tende così a caratterizzarsi sotto il profilo pubblicistico.

Nel II secolo la prospettiva generalmente si allarga, come appare in due passi di Scevola e Celso, nei quali sembra, analogamente alle *res publicae*, estesa la tutela interdittale pubblica alle *res communes omnium*⁵¹, che potevano presentare aspetti particolari, avendo un diverso profilo rispetto ai beni pubblici:

D. 43.8.3 (Cels. 39 *dig. pr.*): Litora, in quae populus Romanus imperium habet. Populi Romani esse arbitror: 1. Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit.

D. 43.8.4 (Scaev. 5 *resp.*): Respondit in litore iure gentium aedificare licere, nisi usus publicus impediretur.

I lidi del mare, in quanto soggetti all'*imperium* del popolo romano, sono assoggettati quindi agli interdetti sorti per i beni pubblici.

Superata la prospettiva privatistica, la tutela interdittale acquista progressivamente la funzione di strumento di tutela dell'utilizzazione collettiva del *locus publicus*, nella misura in cui si precisa il concetto di luogo pubblico in quanto destinato all'uso pubblico.

Il fine della protezione giuridica consiste, allora, nella garanzia dell'uso sociale del bene.

Il luogo pubblico diviene oggetto di una imputazione 'diffusa' alla *civitas*, intesa come sintesi dei *cives*: la legittimazione processuale

⁵¹ Sulle *res communes*, cfr. G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit. 69 ss., ivi bibl.

spetta infatti al singolo *uti civis*, quale utente del *locus publicus* e titolare, di conseguenza, di un interesse giuridicamente protetto.

Il criterio dell'utilizzazione sembra, allora, predominante nelle fonti esaminate ai fini della qualificazione giuridica del *locus* come *publicus*.

Questa concezione appare ispirare Giavoleno in:

D. 43.11.2 (Iav. 10 *ex Cass.*): Viam publicam populus non utendo amittere non potest,

in cui il giurista mostra come consideri possibile l'ipotesi di una via pubblica costruita su terreno privato, unica ipotesi in cui è prospettabile, ovviamente, il problema dell'applicabilità del principio del *non usus* elaborato in tema di servitù prediali.

La chiarezza della fonte induce pertanto a ritenere che il passo costituisca ulteriore testimonianza dell'applicazione del criterio dell'utilizzazione al fine di determinare il carattere pubblico delle *viae*. Né sembra emergere dalle testimonianze citate un mutamento di prospettiva della riflessione giurisprudenziale intorno al concetto di luogo pubblico da Labeone ad Ulpiano⁵².

Nel brano ulpiano D. 43.8.2.5, in particolare, giunge a maturazione la concezione che identifica le *res publicae* con le *res* appartenenti ad ognuno nei limiti di un uso comune e normale⁵³, con la tendenza ad estendere la determinazione complessiva della sfera pubblica⁵⁴.

Il passo è, però, in contraddizione con quelli già esaminati di D. 43.8.2.21-23⁵⁵. È difficile tentare una spiegazione: probabilmente, l'uso eccentrico che del termine *privatus* fa Ulpiano in D. 43.8.2.21-23, uso che comporta la qualificazione di via privata per strade invece aperte al pubblico, non è dovuto a singolarità semantiche, ma all'effettivo prevalere del criterio della natura della pertinenza nella determinazione della condizione delle *viae*. Abbiamo già visto che Ulpiano usa, del re-

⁵² G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 189.

⁵³ G. MELILLO, *Interdicta*, cit. 190.

⁵⁴ D. 1.1.1.2.1 *Inst.*; vedi nell'analisi di questo celeberrimo passo V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ (Napoli 1960; rist. 1972) 29 ss.; A. BERGER, *L'operis novi nuntiatio ed il concetto di ius publicum di Ulpiano*, in *Iura* 1 (1950) 102 ss.

⁵⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 14, nt. 15.

sto, il termine *publicus* in accezione estremamente ristretta, come esclusivamente riferito al titolo di appartenenza al *populus Romanus*⁵⁶.

È anche vero, però, che le considerazioni di D. 43.8.2.21-23 si riferiscono all'ambito di applicazione dell'*interdictum in via publica itinereve publico facere immittere ... veto*, mentre i passi di apertura di D. 43.8.2 si riferiscono a quelli *ne quid in loco publico facias*, e ciò consentirebbe di ipotizzare che, trattandosi di diversi problemi giuridici, diversi possano esserne stati i criteri di soluzione.

Con il primo dei due interdetti citati in D. 43.8.2 si tratterebbe di evitare ogni turbativa alla pubblica e pacifica utilizzazione dei *loca*; con il secondo si vieterebbero attività materiali che possano, con azioni condotte sulla sede stradale, impedirne o diminuirne l'utilizzabilità ed in quest'ultimo caso Ulpiano richiederebbe l'ulteriore requisito della pubblica proprietà del suolo, in quanto, mutando gli obiettivi della tutela, muterebbero conseguenzialmente i requisiti necessari per ottenerla⁵⁷.

⁵⁶ *Supra* nt. 28.

⁵⁷ Per la tutela interdittale delle vie vedi S. RICCOBONO, *sv. Interdicta*, in *Novissimo digesto italiano* VIII (Torino 1962) 792 ss.; vedi inoltre L. BOVE, *sv. Interdicta de itineribus publicis*, in *NNDI*. VIII (Torino 1962) 800; A. BISCARDI, *La protezione*, cit. 121 ss.; G. BRANCA, *Le cose* cit. 159 ss.; Il Bove, in particolare, in relazione a D. 43.8.2.21 afferma che "è possibile che un'opera nel luogo pubblico risulti senz'altro ed esclusivamente pregiudizievole soltanto nei riguardi di alcuni cittadini, le cui speciali utilità vengano turbate; quelle utilità di cui soltanto alcuni possono godere e per questo sono proprie di costoro: perciò il giurista (Ulpiano) notava che questi interdetti si risolvevano a vantaggio di interessi privati. La considerazione dell'interesse concreto del privato, leso dal componamento di un terzo, nei riguardi della cosa pubblica, giustifica la limitazione della tutela interdittale a quei soli casi in cui si sia verificato un danno effettivo, mentre l'interdetto non poteva essere richiesto e concesso nell'ipotesi di un pericolo generico o di una lesione di interessi ugualmente generica". G. GANDOLFI, *Lezioni sugli interdetti* (Milano 1960) 38 ss., a proposito dell'interdetto *ne quid in loco publica fiat*, afferma che "esso ha per oggetto soltanto vantaggi particolari goduti da taluno, come risulta dalle parole *quid illi damni detur ...* facendo salvi i diritti nascenti da una concessione della pubblica autorità"; a proposito dell'interdetto *in via publica immittere quid veto* il Gandolfi ritiene che poteva essere pronunciato a favore del *quivis de populo* e mirava a fare cessare un'attività nociva a tutto il *populus*. Non ritiene, tuttavia, il Gandolfi che questo interdetto insieme agli altri da lui citati in '*Lezioni*', cit. 40 s., fossero "un mezzo di sorveglianza e di tutela delle cose pubbliche, volto a proteggere un diritto verso le stesse spettante

L'esigenza di costringere in schemi rigorosi una realtà che si presentava assai articolata ha contribuito indubbiamente a sfumare caratteri, a rendere incerte classificazioni e distinzioni.

5. *Le classificazioni delle viae negli scrittori gromatici, come momento di rottura della dicotomia via pubblica - via privata. L'emergere della complessità della rete viaria romana.* – Negli scritti dei gromatici, attenti soprattutto alla risoluzione dei problemi tipici della prassi agricola, la dicotomia *via pubblica - via privata* sembra sfumarsi; vengono, anzi, in evidenza categorie nuove di vie, funzionalmente collegate al soddisfacimento di esigenze proprie della viabilità rurale.

Il sistema di limitazione dei terreni costituisce lo schema organizzativo della viabilità rurale. La divisione dei fondi determinava il sorgere di una rete di sentieri che diveniva più fitta quanto maggiore era la parcellizzazione del terreno.

È noto che la caratteristica essenziale delle divisioni era la regolarità geometrica⁵⁸ che si determinava all'incrocio, ad angolo retto, delle

alla collettività come organizzazione politica”, in primo luogo perché le cose pubbliche erano considerate come proprie di ogni singolo cittadino, *uti cives*, e la legittimazione processuale all'interdetto conseguiva a questa titolarità personale: l'interdetto si configurava pertanto come strumento di protezione diretta di interessi personali; in secondo luogo il pretore ed il proconsole non erano incaricati della sorveglianza dei beni pubblici. Vedi da ultimo M.T. MORRONE, *sv. Strade*, cit. 472 s., che ritiene che la tutela delle pubbliche strade fosse essenzialmente interdittale. Per le principali misure di polizia relative alla costruzione e manutenzione delle strade vedi il tit. X del libro XLIII del Digesto; inoltre il tit. XI dello stesso libro contiene ancora norme circa la *refectio* delle vie.

⁵⁸ F. CASTAGNOLI, *sv. Limitatio*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane* IV (Roma 1964) 1379 ss.; la letteratura sui sistemi di limitazione dei fondi rustici è vastissima: oltre ai citati studi del Brugi e del Voigt, per la letteratura meno recente vedi A. RUDORFF, *Gromatiche Institutionen*, in F. BLUME - K. LACHMANN - A. RUDORFF, *Die Schriften der römischen Feldmesser* II (Berlino 1852; rist. Hildesheim 1967) 229 ss.; E. DE RUGGIERO, *sv. Adsignatio*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, cit. I (Roma 1894) 102 ss.; A. SCHULTEN, *sv. Centuriatio*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, cit. II.1 (Roma 1900) 189 ss.; M. WEBER, *Storia agraria romana* (tr. it. Milano 1967) 74 ss.; E. FABRICIUS, *sv. Limitatio*, in *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* XIII. 1 (Stoccarda 1926) 672 ss.; G. HUMBERT, *sv. Ager Romanus*, in CH. DAREMBERG - E. SAGLIO, *Dictionnaire*, cit. I.1 (Parigi 1877)

linee di discrimine, in modo da facilitare la misurazione del terreno da assegnare e l'amministrazione catastale. Le linee divisorie erano costituite dai *limites* maggiori quali i decumani ed i cardini, i quintari (limiti che cadono ad ogni quinto intervallo, detti anche *actuarii*)⁵⁹ e gli altri intermedi, minori, detti *subruncivi*.

L'incrocio tra i cardini decumani si determinava ad intervallo di venti *actus*⁶⁰, delimitando, di conseguenza, dei quadrati, con il lato di venti *actus*, della superficie di duecento iugeri.

138 ss.; G. HUMBERT, *sv. Centuria*, in CH. DAREMBERG - E. SAGLIO, *Dictionnaire*, cit. I. 2 (Parigi 1877) 1017; per la letteratura più recente vedi F. CASTAGNOLI, *sv. Agrimensura*, in *Enciclopedia italiana* I (1929) 987 ss.; F. CASTAGNOLI, *Le ricerche sui resti della centuriazione* (Roma 1958) 21 ss.; M. TALAMANCA, *sv. Confini*, in *ED. VIII* (1961) 955, nt. 13.

⁵⁹ E. DE RUGGIERO, *sv. Actuarius limes*, in E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, cit. I (Roma 1894) 70.

⁶⁰ Si rammenti che l'*actus*, oltre ad essere una delle tre servitù prediali, costituiva anche una misura di lunghezza, pari a piedi 120, cioè il duodecuplo della *decempeda*, o alla lunghezza del solco tirato *uno impetu iusto*. Vedi Plin., *Nat. hist.* 18.3.9: *Actus* (scil. *vocabatur*) *in quo boves agerentur cum aratro uno impetu iusto; hic erat CXX pedum*, Col., *de r.r.* 2.2.27: *Sulcum autem ducere longiorem quam pedum centum viginti contrarium pecori est*. Balb. ad Cels., *exp. et rat. omn. form.* 96.5 (LACHMANN): *actus habet pedes CXX*. Sic. Flacc., *de cond. agr.* 123.19 (THULIN, LACHMANN 159.9); *Libri Coloniarum* I. 209 ss., 245 (LACHMANN). L'*actus* è ancora una misura di superficie, detta anche *actus quadratus*, corrispondente ad un quadrato di 120 piedi per ogni lato, il cui doppio costituisce lo *iugerum*. Varr., *de ling. lat.* 5.34: *Ager dictus in quam terram quid agebant, et unde quid agebant fructus causa; alii quod id Graeci dicunt ἀργύρον. Ut ager qua agi poterat, sic qua agi actus. Eius finis minimus constitutus in latitudinem pedes quattuor (fortasse an ab eo quattuor, quod ea quadrupes agitur); in longitudinem pedes centum viginti; in quadratum actum et latum et longum esset centum viginti*. Isid., *orig.* 15.15.4: *Actus minimus est, latitudine pedum quattuor ... 5. Actus quadratus undique finitur pedibus CXX ... Actus duplicatus iugerum facit ... Iugerum autem constat longitudine pedum ducentorum XL, latitudine CXX*. Cfr. ancora Varr., *de r.r.l.* 10; *de ling. lat.* 5.35; Fest., *sv. Actus* (L. 16); vedi E. DE RUGGIERO, *Dizionario epigrafico*, cit. I (Roma 1894) 70 ss.; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit. 97 ss. Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 132 ss. in part. ntt. 43 e 46, ritiene problema estremamente arduo accertare se effettivamente i Romani conoscessero tre tipi di *actus*: *minimus*, lineare, *quadratus*. Il Capogrossi si muove all'interno di una teorica che porta a svalutare la tesi, proposta da ultimo dal Franciosi, che interpreta almeno per l'età classica, *iter via* ed *actus* come sentieri di diversa dimensione. Successivamente, proiettatesi a livello di facoltà giuridiche le varie forme di passaggio, si sarebbe oscurata la distinzione tra *iter*, *via* ed *actus*, determinando la caratteristica costruzione delle tre servitù prediali, come altret-

Esemplare è, in proposito, lo schema che gli agrimensori forniscono della Colonia Florentina⁶¹, della Colonia Julia secundanorum, di cui è rimasta una completa centuria della mappa, seppure non nella sua forma originaria⁶²: in un *saltus* di venticinque centurie si distinguono singole centurie di duemilaquattrocento piedi per duemilaquattrocento (cioè venti *actus* per venti, in sostanza novemilaquattrocento *actus*) costituenti duecento *iugera*⁶³; il quintario si porrà di conseguenza alla distanza di dodicimila piedi dai limiti massimi.

Geometricamente il *limes* può anche essere una linea senza ampiezza⁶⁴; in Italia però tutti i *limites* avevano una certa estensione.

Hyg. Grom., const. (*de lim.*) 133.10 (Thulin, Lachmann 168.8): Decimanus autem primus maximus appellatur, item kardo: nam latitudine ceteros praecedunt. Alii limites sunt actuarii, atque alii linearii. Actuarius limes est, qui primus actus est, et ab eo quintus quisque; quem si numeres cum primo, erit sextus, quoniam quinque centurias sex limites cludunt. Reliqui medii limites linearii appellantur, in Italia subruncivi. Actuarii autem, extra maximos decimanum et kardinem, habent latitudine ped. XII. Per hos iter populo sicut per viam publicam debetur: id enim cautum est lege

tante scatole cinesi, di cui una contiene l'altra. Il problema vasto e complesso, che attiene alla stessa configurazione originaria delle servitù prediali, non può essere discusso in questa sede; ci limiteremo, solo, ad affermare che sembra eccessiva la svalutazione del Capogrossi delle testimonianze che sembrano invece disporre a favore della triplice configurazione dell'*actus*.

⁶¹ Lib. Col. 213.6 (LACHMANN): *Colonia Florentina deducta a triumviris, adsignata lege Iulia, centuriae Caesarianae in iugera CC, per kardines et decimanos. Termini rotundi pedales, et distant a se in ped. IICCCC. Sunt et medii termini, qui dicuntur epi-pedonici, pedem longum crassum, et distant a se in ped. ∞ CC. Ceteri proportionales sunt et intercisivos limites servant; quos veterani pro observatione partium statutos custodiunt; qui non ad rationem vel recturas limitum pertinent, sed ad modum iugerationis custodiendum, et distant a se alius ab alio pedes sescentenos. Quorum limitum cursus nulla interiecta distantia in utroque latere territorii concurrunt, ut infra monstravi.*

⁶² CIL. XII. 1244.

⁶³ Lib. Col. 245.5 (LACHMANN): *Centuria habet ped. IICCCC per IICCCC, passus CCCCLXXX per CCCCLXXX, actus XX per XX, cubita ∞ DC per ∞ DC, perticas CCXL per CCXL, agnas DC per DC, decempedas LVIIDC. Fiunt in centuria acti constricti CCCC, ped. LDCCLX milia. Efficit iugera CC.*

⁶⁴ B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 333.

Sempronia et Cornelia et Iulia. Quidam ex his latiores sunt quam ped. XII, ut hi qui sunt per viam publicam militarem acti; habent enim latitudinem viae publicae. Linearii limites a quibusdam mensurae tantum determinandae causa sunt constituti, et si finitimi interveniunt, latitudinem secundum legem Mamiliam accipiunt. In Italia etiam itineri publico serviunt sub appellatione subruncivorum: habent latitudinem ped. VIII. Hos conditores coloniarum fructus asportandi causa publicaverunt. Nami et possessiones pro aestimio ubertatis angustiores sunt adsignatae: ideoque limites omnes non solum mensurae sed et publici itineris causa latitudines acceperunt.

Il passo illustra chiaramente i collegamenti tra viabilità e *limitatio*⁶⁵; il decumano, il cardine, i *quintarii*, ed in Italia i *subruncivi*, costituivano altrettante *viae*; diversa ne era però la larghezza. Nelle colonie triumvirali ed augustee il decumano massimo era largo quaranta piedi, il cardine massimo venti piedi, i quintari dodici, i *subruncivi* otto⁶⁶.

Igino gromatico, a proposito dei *limites linearii*, afferma che essi, pur potendo essere a volte linee senza ampiezza, puramente divisorie, *accipiunt latitudinem secundum legem Mamiliam*.

La legge Mamilia, attestata da Cicerone e dai gromatici⁶⁷, stabiliva che tutti i fondi avessero un confine di cinque piedi di ampiezza, for-

⁶⁵ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 71.

⁶⁶ Lib. 212.4 (LACHMANN): *Qui conduxerit, decimanum latum ped. XL, kardinem p. XX facito; et a decimano et kardine m. quintum quaque facito ped. XII, ceteros limites subruncivos latos p. VIII facito ...* 213.3: *hoc opus omne arbitratu C. Iuli Caesaris et Marci Antoni et Marci Lepidi triumvirorum r.p.c.*

⁶⁷ Cic. *de leg.* 1.55: *Ex hac autem non rerum sed verborum discordia controversia est nata de finibus, in qua, quoniam usus capionem duodecim tabulae intra quinque pedes esse noluerunt, depasci veterem possessionem Academiae ab hoc acuto homine non sinemus, nec Mamilia lege singuli sed e XII tab. tres arbitri finis regemus.* Front., *de contr.* 4.20 (THULIN, LACHMANN 11.3): *De rigore controversia est finitimae condicionis, quotiens inter duos pluresve terminos ordinatos sive quae alia signa secundum legem Mamiliam intra quinque pedes agitur. De fine similis est controversia [nec dubium est quin supra de finis condicione dixerim]; nam et eadem lege continetur et de quinque pedum agitur latitudine ...;* Hyg., *de gen. contr.* 89.1 (THULIN, LACHMANN 126.3): *De fine si age[re]tur - Quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem hab[er]et quoniam hanc latitudinem vel iter culturas accedentium occupat vel circumactus aratri; quod usu capi non potest: iter enim non, quia ad culturas perveniatur, capitur usu ...* Sul modo con cui venivano collati i cinque piedi, vedi Front., *de contr. agr.* 38.1

mato con il contributo parziario dei proprietari confinanti, per due piedi e mezzo ciascuno, onde garantire l'accesso alle colture. Igino, in altro passo⁶⁸, accenna a dimensioni diverse del *finis*, cinque o sei piedi, probabilmente per la conoscenza di diverse regolamentazioni locali.

La disposizione della *lex Mamilia* mirava ad assicurare, verosimilmente, l'accesso al fondo posto in *agro* di ogni condizione (arcifinio, questorio ecc.), ed aveva rilevanza anche per l'*ager limitatus*: i *limites*, infatti, assicuravano la viabilità fino ai confini della centuria, ma non alle singole particelle poste all'interno della centuria⁶⁹. La legge Mamilia, pertanto, assicurava l'accesso alle singole proprietà attraverso la prescrizione di un'ampiezza legale del confine.

I *limites subruncivi* avevano in Italia l'ampiezza di otto piedi; una misura corrispondente, forse non casualmente, all'ampiezza delle vie richiesta dalle dodici tavole⁷⁰.

Comunque Igino non sembra intendere tali dimensioni in maniera rigida:

Hyg., *de lim.* 71.3 (Thulin, Lachmann 111.9): *Limites lege late patere debent secundum constitutionem, qui agros dividi ius-*

(LACHMANN): *De qua lege iuris periti adhuc habent quaestionem, neque antiqui sermonis sensus proprie explicare possum, quini pedes latitudinis dati sint, an in tantum quinque ut dupondium et semissem una quaeque pars agri finem pertinere patiat. È necessario ricordare che una legge Mamilia, Roscia, Peducea, Alliena, Fabia, è riportata in tre capitoli dal LACHMANN, *Grammatici veteres* I, 263 ss.; vedi anche BRUNS - GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui*, Tübingen 1909-12, 95; RICCOBONO 138. Concordiamo, con il B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 337, che questa legge è probabilmente una *lex colonica*, comprendente una serie di leggi, di cui la legge Mamilia è caduta per la manipolazione di tardi compilatori, in quanto nei capitoletti non v'è cenno di confine tra i fondi di. F. CASTAGNOLI, *sv. Limitatio*, cit. 1381 sembra, invece, propendere per l'identificazione.*

⁶⁸ Hyg. *de gen. contr.* 90.14 (THULIN, LACHMANN 127.13): *Quoniam, ut dixi, extremis finis intra quinque aut sex (pedes) quaestionem habet: nani intra pedum VI possessionem usu capit; itinera saepe ad culturas pervenientibus tam latum locum occupant, aut in arat[r]is intra tot pedes aratrum circum arat. Cfr. B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 338.*

⁶⁹ B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 339 s.

⁷⁰ VII. 6; cfr. S. RICCOBONO, *Fontes iuris Romani anteiustiniani* (Firenze 1941) 49. Vedi Varr. *de ling. lat.* 7.15; Fest., *sv. Viae* (L. 508); D. 8.3.8 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 8.3.13.2-3 (Iav. 10 *ex Cass.*); D. 8.3.23.pr. (Paul. 15 *ad Sab.*); cfr. G. FRANCIOSI, *Studi*, cit. 69; il B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 337 s., ritiene possibile che i *quinque pedes* richiesti dalle 12 Tavv. (VII. 4) siano gli stessi imposti dalla legge Mamilia, in quanto se la via di 8 piedi fosse un *limes*, si potrebbe configurarne un altro di 5 piedi. Trattasi di ipotesi acuta, ma congetturale.

serint. Non quia modus ullus ex mensura limitibus adscribitur: solum lex observari debet. Maximus decimanus et cardo plus patere debent sive ped. XXX, sive ped. XV, sive ped. XII, sive quot volet cuius auctoritate fit. Ceteri autem limites, qui subruncivi appellantur, patere debent ped. VIII.

La *latitudo limitis* dipende dalla legge o dall'arbitrio di coloro che ordinarono la divisione, compatibilmente alle consuetudini campestri, ai bisogni dell'agricoltura, alla natura del suolo⁷¹.

È necessario, però, garantire la pubblica utilizzabilità dei *limites*:

Hyg. *de cond. agr.* 83.18 (Thulin, Lachmann 120.18): Adiectumque ius, ut et limites, id est decumani et cardines, aperti populo essent. Et statuerunt decimanos et cardines maximos patentiores ceteris esse, quintarios autem et subruncivos minime patentes, non minus tamen quam(qua) vehiculo iter agi possit. In quibusdam regionibus curvi limites late patere iuberent, modus eorum limitum in adsignationem non venit. Saepe enim et viarum publicarum per centurias modus exceptus est. Item sanxerunt, sicubi limites in aedificium aliquod inciderint, is cuius aedificium esset daret iter populo idoneum per agrum suum, quod semper esset pervium.

Il passo, ricco di implicazioni, interessa, per il momento, solo per quanto in esso è affermato circa la utilizzabilità pubblica dei *limites*; anche Frontino, in termini più generali, aderisce al principio dell'uso pubblico in

Front. *de contr. agr.* 41.15 (Lachmann): Extremitas finitima linea est quae intervenit aut per iter publicum, quod transcendere non potest secundum legem colonicam, quia omnis limes itineri publico servire debet ...⁷².

⁷¹ Vedi inoltre *ex Libr. Magonis et Vegoi. auct.* 349.1 (LACHMANN): ... *per quos et itinera publica currunt, quibus limis lege colonica servit*, e la *demonstratio artis geometricae*, attribuita a Boezio, 402.12 (LACHMANN): *omnes enim limites itineri publico servire debebunt*. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 71, nt. 82.

⁷² Vedi, oltre il già riportato passo di Igino, Front., *de contr.* 10.5 (THULIN, LACHMANN 24.4): *De itineribus controversia est quae in arcifiniis agris ... Omnes enim limites secundum legem colonicam itineri publico servire debent*, cfr. anche 41.58.

È possibile, a questo punto, tracciare un quadro abbastanza preciso di quanto è emerso dalle fonti gromatiche esaminate: i *limites* massimi, decumano e cardine, sono vie pubbliche eccettuate dall'assegnazione; gli *actuarii limites* sono egualmente eccettuati dall'assegnazione e fungono da vie pubbliche della colonia, in seguito a disposizioni di alcune leggi agrarie, come la Sempronia, la Cornelia e la Julia⁷³. I *subruncivi* sono sicuramente vie aperte all'uso pubblico⁷⁴, restando incerta la determinazione della proprietà del relativo suolo.

Diviene, quindi, problematico determinare il titolo giuridico legittimante l'uso pubblico di *limites* compresi nell'assegnazione e quindi in proprietà privata, soprattutto in rapporto a fonti, sul punto, silenziose.

Il Brugi⁷⁵, esaminando la questione, tende a trascurarne gli aspetti più strettamente giuridico-formali, privilegiando il carattere pratico e concreto della regolamentazione della rete dei sentieri limitari, che soddisfacevano rilevanti interessi collettivi. Ed in realtà questa appare essere la prospettiva degli stessi scrittori gromatici che, a quanto risulta, non affrontano la questione giuridica del tipo di utilizzazione dei *limites*⁷⁶.

⁷³ B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 348 ss.

⁷⁴ TH. MOMMSEN, *Der Begriff des Limes*, in *Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst* 13 (1894) 134 ss., ora in ID., *Gesammelte Schriften* V, *Historische Schriften* II (Berlino 1908) 456 ss., sembra generalizzare la proprietà pubblica dei *limites*, ma la dottrina è piuttosto orientata ad ammettere la possibilità di *limites* minori in privata proprietà e, di conseguenza, assoggettati ad una servitù pubblica di passaggio; vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 68, nt. 77, ivi bibliografia relativa.

⁷⁵ B. BRUGI, *Le dottrine*, cit. 358 ss.

⁷⁶ Front. *de contr. agr.* 58.12 (LACHMANN): *Nam in agris centuriatis excipitur limitum latitudo causa itineris*. Nel passo pare presentata come regola generale quello che in Hyg. *de cond. agr.* 83.22 (THULIN, LACHMANN 120.22): *In quibusdam regionibus cum limites late patere iuberent, modus eorum limitum in adsignationem non venit, Saepe enim et viarum publicarum per centurias modus exceptus est*, appare, invece, legato alle particolari condizioni geografiche ed agli usi delle singole zone: il *saepe* indica infatti come si potesse ricorrere a forme di utilizzazione pubblica di *limites* non eccettuati dalle private assegnazioni. Ed ancora in Sic. Flacc. *de cond. agr.* 122.18 (THULIN, LACHMANN 158.8): *Limitum quoque modus in quibusdam regionibus per amplum spatium exceptus est, in quibusdam vero modo assignationis cessit*. Il BRUGI, *Le dottrine*, cit. 362 ritiene che i limiti massimi (Hyg. *de cond. agr.* 83.18 [THULIN, LACHMANN 120.18]) e gli *actuarii* Hyg. Grom., const. (lim.) 133.16 (THULIN, LACHMANN 168.14)

Ciò appare evidente nelle scarse enunciazioni dei 'Libri Coloniarum' relative al regime delle vie delle singole colonie, consistenti in due espressioni contrapposte: *iter populo debetur*, *iter populo non debetur*⁷⁷.

Lo schema che abitualmente si presenta nei 'Libri Coloniarum' è il seguente: *In provincia Lucania prefecture. Iter populo non debetur* (209.4 Lachmann); *Ager Aeclanensis. Iter populo non debetur* (210.4 Lachmann); *Ager Corfinius lege Sempronia est assignatus. Iter populo debetur. ped. LXXX* (228.18 Lachmann).

Alla formula *iter populo debetur* segue la determinazione della grandezza dell'*iter* dovuto al *populus*.

Il Voigt ha tentato di comporre alcune contraddizioni presenti nello schema espositivo dei 'Libri Coloniarum', attraverso un'analisi, da ultimo, ripresa e sostanzialmente condivisa dal Capogrossi Colognesi⁷⁸.

Il Voigt, in base alla sua concezione di *via publica* fondata essenzialmente sull'uso pubblico della stessa⁷⁹, ha interpretato la formula *iter populo debetur* come riferita a tratti di vie vicinali coincidenti con quelli di vie pubbliche. Queste ultime infatti, secondo l'autore, non correivano lungo tutto il percorso su terreno pubblico, ma, soprattutto nel territorio di una colonia, venivano ad insistere su vie vicinali gravate da una *Staatsservitut*, da una servitù pubblica di transito. Ciò rende-

fossero *aperti populo* mediante apposite clausole legislative; per i *subrunci* l'apertura al passaggio derivava da *publicatio* Hyg. Grom., const. (lim.) 134.10 (THULIN, LACHMANN 169.9).

⁷⁷ Per una disamina assai lucida del problema dell'interpretazione delle due formule dei "Libri Coloniari" vedi L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 69 ss., in particolare per la storia della formazione della raccolta nt. 79. Il LACHMANN ha pubblicato sotto il titolo di 'Libri Coloniarum' estratti di leggi coloniali pervenute sotto diversi titoli. Svalutati dal TH. MOMMSEN, *Die libri Coloniarum*, in F. BLUME - K. LACHMANN - A. RUDORFF, *Die Schriften*, cit. II (Berlino 1852) 145 ss., sono stati rivalutati da E. PAIS, *Storia della colonizzazione di Roma antica* I (Roma 1923) 1 ss. e dello stesso L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 69 ss., che, nell'esame delle formule, si rifà alle due interpretazioni del CH. SAUMAGNE, *Du principe "iter populo debetur"*, in *Revue de Philologie* 54 (1928) 320 ss., ora in *Les Cahiers de Tunisie* 10 (1962) 429 ss., seppure criticamente, e del R. THOMSEN, *The Iter Statements of Liber Coloniarum*, in *Classica et Mediaevalia* 9 (1948) in part. 51.

⁷⁸ Vedi nt. 72.

⁷⁹ M. VOIGT, *System*, cit. 29.

rebbe plausibile il riferimento ad *itinera* di notevoli dimensioni che *populo debentur*.

Gli stessi agrimensori mettono in luce l'opportunità di fare coincidere il decumano massimo con un'importante via di comunicazione, come la via Appia a Terracina⁸⁰:

Hyg. Grom., const. (*de lim.*), 135.12 (Thulin, Lachmann 170.14):
Quidam in totum converterunt, et fecerunt decimanum in meridianum et kardinem in orientem, sicut in agro Campano qui est circa Capuam.

La formula *iter populo non debetur* indicava, al contrario, l'esistenza di una via pubblica in senso stretto, cioè di uso pubblico e di pertinenza dello Stato⁸¹, con l'inutilità conseguente di sottoporre a servitù pubblica tratti di vie vicinali coincidenti con quelli di *viae militares*⁸².

⁸⁰ Si può constatare la stessa cosa per la via Emilia in gran parte dell'Emilia, per la via Postumia ad Asolo, vedi F. CASTAGNOLI, *sv. Limitatio*, cit. 1384.

⁸¹ Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 72, nt. 85, 74 nt. 89, 75 nt. 91, rinviene nella concezione del Voigt elementi di perplessità. Il Voigt, infatti, individua all'interno delle vie pubbliche quattro categorie: vie pubbliche in senso stretto, di proprietà dello Stato, comprendenti le vie militari e consolari, le vie vicinali, di proprietà dei vicini, ma di uso pubblico. Anche nella concezione del Voigt si ripresenterebbe la tensione tra i due criteri della pubblicità dell'uso e della pertinenza privata del terreno per le vie vicinali; inoltre le vie pubbliche in senso stretto, cioè le consolari e militari, la cui sede stradale è di conseguenza di pertinenza pubblica, perderebbero questo carattere per i tratti costituiti da vie vicinali gravate da servitù pubblica di transito. Il Voigt, infine, sembrerebbe in contrasto con le fonti quando afferma il carattere marginale della via pubblica in senso stretto all'interno della limitazione, prefigurando una rete organica di *limites* assoggettati al pubblico passaggio, ma di proprietà privata; le fonti fanno, infatti, espressa menzione della possibilità di sottrarre dalle assegnazioni private spazio destinato ai *limites*. Non sembra che tali perplessità siano totalmente giustificate: la tensione tra i due criteri della pertinenza del terreno e dell'uso è in *re*, tanto è vero che nella riflessione giurisprudenziale giocano entrambi nella determinazione della condizione giuridica delle vie; la possibilità di sottrarre alle assegnazioni lo spazio da destinare a pubblica strada, testimoniata nelle fonti con sicurezza, non implica che questo sia l'unico ed assoluto criterio di costruzione della rete di sentieri limitari: sembra anzi probabile che la maggiore parte dei *limites* rimanesse più comodamente compresa nelle *sortesio*, vedi D. 18.6.7. (Paul. 5 *ad Sab.*), in cui è espressamente prevista l'ipotesi di una vendita di terreno, una cui parte è destinata a fungere da strada, e che Paolo afferma doversi eccettuare dal computo del prezzo di vendita.

⁸² Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *loc. cit.*, è in sostanza in linea con le posizioni del Voigt, pure con qualche riserva, posizioni che permangono valide nonostante alcuni

La formula *iter populo debetur* appare, quindi, pertinente a terreni assegnati in proprietà privata ma di uso pubblico; la formula opposta a *limites excepti* dalle assegnazioni ed in proprietà pubblica.

La gamma delle estensioni dei vari *itinera*, in vero assai vasta, può essere, con il Thomsen⁸³, spiegata riferendo le indicazioni spaziali non semplicemente al sistema della *centuriatio* nella sua totalità, bensì al sistema stradale delle aree assegnate.

Questa interpretazione delle due formule dei 'Libri Coloniari' consente di comprendere in parte le contraddizioni teoriche della classificazione ulpiana di D. 43.8.2.22.

Concordiamo con chi⁸⁴ individua nella categoria delle vie vicinali gli *itinera* menzionati nei 'Libri', eccettuati i tratti che coincidevano con le più importanti vie pubbliche.

In Ulpiano, comunque, le vie che *ad vicos ducunt*, in proprietà privata, sono assoggettate al regime delle vie private pure essendo di uso pubblico.

La teoria ulpiana non sembra, pertanto, compiutamente inquadrare una realtà che si è strutturata in funzione della soddisfazione di esigenze pratiche, ed in cui l'uso collettivo assume aspetti assolutamente prevalenti.

Il giurista, in altri termini, affronta l'analisi avvalendosi di uno strumentario concettuale che costringe nello schema dicotomico via pubblica - via privata situazioni reali in esso non inquadrabili.

Meglio aderenti alla realtà, e, per certi aspetti, relativamente indifferenti ai problemi classificatori di Ulpiano, appaiono le classificazioni delle vie negli scritti gromatici:

recenti tentativi di interpretazione diversa come quello del CH. SAUMAGNE, *Du principe*, cit. 432. Per quest'ultimo l'espressione *iter populo debetur* si riferirebbe al regime relativo ad un *oppidum*, mai a quello degli *agri adsignati*, nei quali tutti i *limites* erano *aperti populo*; l'espressione opposta, invece, ad entrambi i regimi: se infatti i *limites* erano, nella limitazione, di norma, di uso pubblico, l'eccezione negativa doveva essere espressamente prevista. Tesi acuta questa del Saumagne, ma che, nel suo aspetto più valido, e cioè il collegamento tra viabilità cittadina e formula *iter populo debetur*, non tiene conto della dimensione di alcuni *itinera*, assolutamente non compatibile con la normale viabilità urbana.

⁸³ R. THOMSEN, *Iter Statements*, cit. 74 s.

⁸⁴ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 81.

Sic. Flac., *de cond. agr.* 109.19 (Thulin, Lachmann 145.19): Viae autem si finem faciunt, adtendendum erit quales viae et quamodo. Nam et saepe incidunt in finibus, et saepe trans viam aliquas possessores particulas habent. Quaedam ergo viae aliquando fines transeunt possessionum. Quarum tamen non omnium una eademque est condicio. Nam sunt viae publicae [regales], quae publice muniuntur et auctorum nomina optinent. Nam et curatores accipiunt, et per redemptores muniuntur. Nam et in quarundam tutela(m) a possessoribus per tempora summa certa exigitur. Vicinales autem [viae], de publicis quae devertuntur in agris et saepe ipsae ad alteras publicas perveniunt, aliter muniuntur, per pagos, id est per magistratos pagorum, qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt. Aut, ut comperimus, uni cuique possessori per singulos agros certa spatia adsignantur, quae suis inpensis tueantur.

Il carattere della classificazione di Siculo Flacco è eminentemente pratico; in essa è illustrato il regime di costruzione e di gestione delle singole vie, la ripartizione degli oneri di manutenzione, le varie forme di *tuitio*.

Dopo avere messo l'accento sulla irregolarità del tracciato delle singole vie e sui relativi sconfinamenti, Siculo Flacco, premesso che il regime (*condicio*) delle vie non è sempre lo stesso, tratta delle vie pubbliche che sono costruite e gestite *publice*⁸⁵ e ricevono il nome dai loro *auctores*. Speciali *curatores* provvedono alla loro manutenzione, attraverso i *redemptores*; periodicamente sono imposti ai proprietari confinanti speciali contributi per la manutenzione⁸⁶.

⁸⁵ *Munire* ha qui sia il significato di *facere* che di *reficere*; cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 40, nt. 39.

⁸⁶ La manutenzione delle vie pubbliche spettava ai proprietari frontisti. Se i privati provvedevano, il magistrato competente (edili e più tardi i curatori) aggiudicavano ad un imprenditore i lavori che erano a loro carico. Le spese relative venivano iscritte in pubblici registri; su azione del *redemptor* i frontisri erano di conseguenza tenuti a pagare entro quaranta giorni, o, altrimenti, a versare un'indennità pari ad una volta e mezza il valore dei lavori. Vedi in proposito la disposizione della Tabula Heracleensis o Lex Iulia Municipalis 32 (cfr. DESSAU, *Inscriptiones Latinae selectae* II. 6085, BRUNS - GRADENWITZ 102, RICCOBONO 144).

La *viarum munitio* è menzionata tra i *munera*, cfr. D. 15.4.2.1; vedi ancora CTh. 3.3.15. Alcune iscrizioni (CIL. X.6954; XI.6658) ci informano che, per riparare la via

Le vie vicinali nascono dalle pubbliche e spesso pervengono ad altre vie pubbliche; la loro manutenzione è assicurata dai magistrati dei *pagi*, che richiedono sovente l'opera dei *possessores*; altro sistema di *tuitio* è quello di assegnare a ciascun proprietario frontista *certa spatia* da curare a proprie spese (*quae suis impensis tueantur*).

L'analisi dell'agrimensore continua, particolareggiata, per le vie private:

Sic. Flac. *de cond. agr.* 110.21 (Thulin, Lachmann 146.20): Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt; quae non universo populo itinera praestari videntur, sed eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est. Hae[c] ergo de vicinalibus solent nasci. Nam et communes viae [quae] ex vicinalibus nascuntur; quae aliquando inter binos possessores in extremis finibus, pari utri(m) que modo sumpto, communique impensa, iter praestant. Privatae itaque viae ad finitiones agrorum non pertinent, sed ad itinera eis praestanda: quae sub exceptione nominari in emptionibus agrorum solent. Ergo viae publicae et vicinales et communes in finibus incidunt: non enim finium causa diriguntur, sed iterum. Ita tam fas est finem facere quam et transire viam.

Esistono strade aperte ad un numero limitato di utenti, proprietari dei fondi per il cui accesso è necessario il transito attraverso di esse⁸⁷, *ad quorum agros per vias pervenire necesse est*; altre strade, pure esse nascenti dalle vicinali, sono utilizzate solo dai proprietari dei due fondi attraversati dalle rispettive sedi stradali. Su questi ultimi grava, di conseguenza, l'onere della *collatio* del terreno necessario e la spesa occorrente per la manutenzione, *pari utrimque modo sumpto, communi impensa*; questa categoria di *viae* è perciò definita *communis*.

Appia presso Aeclanum, per una lunghezza di 15.750 passi, Adriano aveva donato 1.157.000 sesterzi, ed i *possessores* avevano versato contributi per 569.100 sesterzi (CIL. XI. 6072, 6075). Vedi G. CAPITANI - G.E. GARELLI DELLA MOSTRA, *sv. Strade ordinarie*, cit. 656 s.; V. CHAPOT, *Via*, cit. 788 s., G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit. 104 ss., 120 ss.

⁸⁷ In LACHMANN (146.23) si legge: ... *sed eis ad quorum opera, et eis ad quorum agros* ...; concordiamo con il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 43, nt. 44 che questa lettura muta completamente il senso della frase, indicando vie la cui utilizzazione è direttamente collegata alla partecipazione alla costruzione e manutenzione.

Vengono, infine, individuate *viae privatae* che *ad finitiones agrorum non pertinent sed ad itinera eis praestanda*, espressamente menzionate nelle clausole delle *mancipationes*⁸⁸.

Ad alcuni⁸⁹ appare oscura la collocazione delle *viae privatae* nella classificazione illustrata, essendo incerto se per Siculo Flacco esse si riducano alle vie onerate da servitù di transito o abbraccino anche le figure di vie aperte a forme più estese di utilizzazione, come le precedenti citate.

A noi sembra che l'incertezza sia meno grave di quanto appaia: nel sistema di Siculo Flacco la categoria delle vie private assume carattere residuale. Infatti, quando il gromatico riassume quanto è andato esponendo, individua tre categorie di *viae*: le *publicae*, le *vicinales* e le *communes*, non menzionando le *privatae*. In tale modo ha, forse, inteso escludere dalla tripartizione vie non soggette ad utilizzazione collettiva; le vie pubbliche, vicinali e *communes*, sarebbero in sostanza oggetto di una considerazione unitaria, in quanto, sebbene con intensità diversa, tutte soggette a forme di utilizzazione collettiva o interpersonale⁹⁰.

⁸⁸ Vedi Front. *de contr. agr.* 41.22 (LACHMANN): ... *Quaedum non esset quod excoli potuisset, nullis necesse fuit limitum regulis obligari. Propterea et soluta loca vocata sunt ... Nam plerumque via, dum cum limite currit, etiam si vicinalis est aut lignaria aut privata, finem prestat. Regammante vero via vel limite, dum a se utrimque discesserint, desinit via finem prestare, et erit controversia: sed inspectio artificis eam finiet.* Anche in Frontino troviamo la menzione di vie vicinali, di vie private e di una categoria nuova: le *lignariae*; vedi anche Sic. Flacc. *de cond. agr.* 116.6-18 (THULIN, LACHMANN 152.5-17).

⁸⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 47 s.

⁹⁰ Vedi anche Hyg. *de gen. contr.* 91.5 (THULIN, LACHMANN 128.5): *Nam si fossa erit finalis, videndum utrum unius aut utrius [que sit] partis, et si in extremo fine facta; itemque (via) utrum publica aut vicinalis aut duum communis aia privata alterius; item rivis si observabitur finis, utrum naturalis sit rivus aut ex fossis arcessita aqua rivum fecerit, et utrum privatus observari aut communis debeat.* Igino classifica le vie in pubbliche, vicinali, *duum communes*, *privatae alterius*. È evidente lo sforzo dell'agrimensore di cogliere una realtà articolata, attraverso l'evidenziazione di categorie nuove di vie. Anche in Igino l'analisi sembra prevalentemente diretta ad individuare categorie di vie la cui utilizzazione non appare ristretta al solo proprietario del suolo; vengono individuate cioè vie intorno alle quali sussiste una potenziale conflittualità di utente diverse, e che quindi presentano interesse per l'analisi gromatica. La stessa *via privata alterius*, sentiero di proprietà di un solo *possessor*, è soggetta ad utilizzazione altrui, differenziandosi dalla *via duum communis*, di due proprietari. Il CAPOGROSSI COLOGNESI, *La*

Si eviterebbe, così, di ricorrere a schematizzazioni formalistiche per recuperare l'unità logica del sistema di Siculo Flacco, come non pare, invece, fare chi⁹¹ presuppone un riassorbimento nella categoria delle *viae communes* di tutte le diverse categorie di vie soggette a forme di utilizzazione a qualsiasi titolo esercitata, e delle *communes*, a loro volta, nelle vie private.

La classificazione dell'agrimensore, in verità, tende soprattutto a descrivere compiutamente le forme di viabilità esistenti nella realtà; le incertezze, che sussistono nella classificazione, scaturiscono da questa esigenza di completezza descrittiva e trovano composizione nel criterio ispiratore che abbiamo visto essere alla base della tripartizione finale.

Ben diversa appare la classificazione ulpiana di D. 43.8.2.21-23: il giurista, dovendo costringere nello schema *via publica* - *via privata* categorie di strade che l'analisi gromatica ha mostrato molto varie, è indotto a formalizzare le distinzioni; rientrano quindi nelle private tutte le vie soggette alle più diverse forme di utilizzazione e di legittimazione al passaggio, acquistando assoluta prevalenza il criterio del tipo di pertinenza della sede stradale al fine di determinare la condizione giuridica delle singole *viae*.

6. *Conclusioni.* – Dal confronto dei dati offerti dalle fonti giuridiche e gromatiche è possibile tentare di delineare un'ipotesi generale circa lo stato della dottrina giuridica delle *viae*, quale appare in Ulpiano.

Il Capogrossi Colognesi⁹² tende a conciliare le indicazioni di Siculo Flacco con quelle di Ulpiano: entrambi i sistemi sarebbero imperniati sulle vie vicinali.

Sembra, comunque, necessario porre l'accento sui criteri ispiratori dei due sistemi.

Delle fonti gromatiche si delinea un quadro generale in cui acquistano posizione prevalente le vie che sono soggette a forme di utilizzazione collettiva. Le vie pubbliche in senso stretto, cioè le consolari, pre-

struttura, cit. 38, ritiene che le vie *privatae alterius* rappresentino vie in proprietà privata, alla cui utilizzazione non era legittimato alcuno all'infuori del proprietario del fondo attraversato; ipotesi che non sembra fondata su dati testuali.

⁹¹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 48 s.

⁹² L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 50 ss.

torie e militari, assumono in tale sistema una non preminente posizione, acquistando invece rilievo le vie vicinali e tutto il reticolo viario che collega le *villae* e le *coloniae* alle principali arterie di comunicazione.

Questo complesso di vie, tutte egualmente di uso pubblico, rifugge da rigide qualificazioni giuridico-formali, essendone assolutamente prevalente la funzione materiale. Le classificazioni gromatiche, di carattere eminentemente pratico, mirano pertanto più a descrivere compiutamente, che a qualificare dogmaticamente.

Ulpiano, invece, tenta di determinare gli ambiti di applicazione della tutela interdittale ai *loca publica* ed è di conseguenza costretto ad articolare necessariamente il sistema per categorie formali, in base al ristretto parametro classificatorio imposto dalla dicotomia *via publica* - *via privata*.

La continua tensione tra i due criteri della pertinenza del terreno e del tipo di utilizzazione determina la successione di classificazioni diversamente ispirate e dogmaticamente contraddittorie.

Il giurista finisce, così, per escludere dalla tutela interdittale pubblica, più efficace⁹³, le vie vicinali derivate *ex collatione privatorum*, che pure rappresentano un fenomeno di rilevante interesse collettivo.

È necessario, allora, interpretare il giurista tenendo presente il complesso dei dati offerti dalle fonti gromatiche, più strettamente aderenti alla realtà, non privilegiando gli aspetti dell'analisi giuridica più rigorosamente consequenziali, ma prestando attenzione agli elementi delle classificazioni ulpianee conformi ai dati offerti dagli agrimensori, che attestano l'oscillazione del giurista tra adesione ai principi ed attenzione alla prassi.

⁹³ G. GANDOLFI, *Lezioni*, cit. 28 s., 38 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit. 58, nt. 64.

III

DONAZIONE E VENDITA «ADVOCATA VICINITATE» NELLA LEGISLAZIONE COSTANTINIANA

1. La legislazione costantiniana in tema di trasferimento della proprietà ha attratto l'attenzione della dottrina¹ per il carattere innovatore delle disposizioni con cui l'imperatore tentò di assicurare la stabilità delle relazioni giuridiche, gravemente compromessa dal deperimento istituzionale dello Stato romano nella crisi economica e sociale del terzo secolo².

¹ Sulle caratteristiche generali della legislazione costantiniana ed in particolare di quella di carattere privatistico, cfr., senza pretesa di completezza: E. VERNAY, *Note sui le changement de style dans les constitutions impériales de Dioclétien à Constantin*, in *Études Girard II* (Paris 1913) 263 ss.; E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conf. per il XIV centen. Pand.* (Milano 1931) 323 ss.; M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino (persone e famiglia)* (Milano 1938) 177 ss.; E. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *AAL. Rendiconti* 13 (1958) 61 ss.; ID., *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin*, in *Mélanges Lévy-Bruhl* (Paris 1959) 325 ss.; M. AMELOTTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* (Milano 1960) 18 ss.; ID., *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in *SDHI.* 27 (1961) 252 ss.; C. DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA.* 2 (1955) 2371 ss.; ID., *Les donations dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA.* 9 (1962) 291 ss.; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in dir. rom.* (Torino 1955) 11 ss.; ID., *Il principio emptio dominium transfertur nel diritto pregiustiniano* (Milano 1960) 82 ss.; L. DE GIOVANNI, *Costantino e il mondo pagano* (Napoli 1977) 15 ss.

² Su cui sintesi in L. CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica* (Milano 1968) 770 ss., M. MAZZA, *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III sec. d.C.*² (Roma-Bari 1973) *passim*; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² V (Napoli 1975) 1 ss.; M. ROSTOVZEV, *Sto-*

In particolare, due costituzioni, emanate tra il 323 ed il 337³, hanno segnato la storia della donazione e della compravendita, concludendo un processo evolutivo⁴ i cui prodromi sono ravvisabili nella prassi negoziale e nelle tendenze giurisprudenziali dell'età severiana⁵.

Le *constitutiones* sono di grande interesse anche per chi voglia indagar il ruolo del vicinato nella dinamica giuridica⁶ poiché esse affidarono ai vicini il controllo sociale dei trasferimenti a garanzia dell'interesse pubblico e dei terzi.

Il bisogno di certezza e stabilità indusse Costantino a recuperare un modello tradizionale – già riscontrabile nell'età delle dodici tavole⁷ – di regolamentazione dei rapporti, significativo e caratterizzato sul piano della politica legislativa. Infatti, le normative collegate alla *vicinitas* sono nell'esperienza romana rapportabili di massima a concezioni comunitarie anche quando traggono origine da esigenze oggettive. Tuttavia, nel terzo secolo d.C. – lo si è sostenuto nell'esame delle disposizioni dell'*oratio Severi* regolanti la *potioris nominatio*⁸ –

ria economica e sociale dell'impero romano (Oxford 1926; tr. it. Firenze 1946); F. HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico* (tr. it. Bari 1974); M.T. FINLEY, *The Ancient Economy* (tr. it. Bari 1974); F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* II (Firenze 1980) con bibl.; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Situazione economico-sociale e politica finanziaria sotto i Severi* (Napoli 1988).

³ Sui problemi concernenti l'incerta datazione delle due costituzioni, v. *infra*.

⁴ Cfr. B. BIONDI, *sv. Donazione (diritto romano)*, in *NNDI*. VI (1960) 224 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di dir. rom.* (Milano 1960) 245 ss.; ID., *L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*, in *RIDA*. 5 (1958) 97 ss., ora in *Scr. di dir. rom. II Studi di diritto privato 2* (Milano 1981) 1261 ss.; B. BIONDI, *Trattato di dir. rom.* (Milano 1945) 633 ss.; J.PH. LEVY, *Essai sur la promesse de donation à Rome*, in *Mélanges De Visscher II* [*RIDA*. 2] (1949) 91 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property* (Filadelfia 1951) 137 ss.

⁵ G.G. ARCHI, *L'evoluzione della donazione* cit. 1263 ss.; B. BIONDI, *Il concetto di donazione*, in *Scr. in onore di Contardo Ferrini I* (Milano 1947) 112 ss.; ID., *Succezione testamentaria e donazione* (Milano 1955) 644 ss.

⁶ Cfr. il nostro *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica* (Torino 1988).

⁷ Sono infatti rapportabili alla *vicinitas* istituti arcaici come l'*endoploratio*, l'*ambitus* decemvirale, l'*iter limitare*, l'*actio de arboribus caedendis*, il tribunale dei *pater familias*, su cui cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche* (Roma 1978) 300 ss.

⁸ FV. 158. Il frammento riporta parte dell'*oratio Severi*, del 195 d.C., attribuibile a Settimio Severo, in tema di tutela e curatela di cui parte è contenuta anche in D.

la *vicinitas* sembra estenuarsi nella contiguità fisica e necessaria, più che essere la matrice di normative tese da visioni solidaristiche. Anzi, le tendenze comunitarie ed il loro giuridicizzarsi avevano subito una forte riduzione di ruolo: Settimio Severo esclude che si possa essere considerati *potior tutor* solo *iure vicinitatis*, poiché la vicinanza materiale è labile e non consente l'individuazione certa del soggetto onerato dalla tutela⁹.

A distanza di oltre un secolo, Costantino tenta di recuperare la complessità del ruolo della *vicinitas*: il suo sforzo resterà però isolato, poiché i successori non accoglieranno integralmente la nuova disciplina.

L'esigenza di approfondire le ragioni di una legislazione originale, al punto da costituire un elemento di discontinuità nell'evoluzione generale del sistema tardo-classico, costituisce l'occasione di questa rilettura.

27.9.1 (Ulp. 35 *ad ed.*). Sul provvedimento imperiale cfr. E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat.* 102, in *Studi di dir. rom.* V (Milano 1937) 559 ss.; ID., *Ancora sui glossemi nei Frammenti Vaticani*, in *Studi cit.* V 551 ss.; R. ROHLE, *Bemerkungen zu Fragmenta Vaticana* 247, in *Iura* 15 (1964) 184 ss.; U. BRASIELLO, «*Auctoritas praetoris*». I. «*Auctoritas praetoris*» ed alienazione dei beni del pupillo, in *Studi in onore di Siro Solazzi* (Napoli 1948) 689 ss.; ID., *Pegno e «mancipatio fiduciae causa» nell'alienazione degli incapaci*, in *Mélanges De Visscher cit.* 203 ss.; M. DE FILIPPI, *Il titolo «De excusatione» dei Vaticana Fragmenta*, in *Sodalitas. Studi in onore di Antonio Guarino III* (Napoli 1984) 1159 ss.; A. BISCARDI, *L'«oratio Severi» e il divieto di «obligare»*, in *Studi Grosso III* (Torino 1970) 247 ss.; G. CERVENCA, *Studi sulla cura minorum*. I. *Cura minorum e restitutio in integrum*, in *BIDR.* 75 (1972) 235 ss.; ID., *Studi sulla cura minorum*. III. *L'estensione ai minori del regime della Oratio Severi*, in *BIDR.* 82 (1979) 41 ss.; sulla *potioris nominatio* in particolare, oltre alle brevi notazioni del nostro *Iura vicinitatis cit.* 46 ss., cfr. S. SOLAZZI, *Tutele e curatele*. II. *Tutela dativa*, in *Scritti di dir. rom.* II (Napoli 1957) 23 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel dir. priv. rom.* (Palermo 1979) 477 ss.; A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Pamplona 1976) 220 ss.; P. ZANNINI, *Rec. a Guzmán*, in *Iura* 28 (1977) 211 ss.; M. PENTA, «*Potioris nominatio*» ed «*excusatio*» tra consuetudine e legislazione imperiale, in *Index [Omaggio a Francesco De Martino]* 18 (1990) 295 ss.

⁹ È utile riportare per esteso il brano dei *Fragmenta Vaticana* 158 commentato in testo: *Pars orationis imperatoris Severi. Promiscua facultas potioris nominandi nisi intra certos fines cohibeatur, ipso tractus temporis pupillos fortunis suis privabit. Cui rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis, ut collegae patris vel pupilli in decuria vel corpore, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Iulia et Papia excepti sunt, potiorum non nominent, ceteri cognati vel adfines amice atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum, vicinitatis autem iure nemo potior existimetur.*

2. Nei *Fragmenta Vaticana* è riportata in esteso la costituzione di Costantino del 323 che riformò radicalmente il regime della donazione¹⁰.

È noto che la donazione, in regime classico, non costituiva un negozio tipico: la *causa donandi* poteva essere attuata attraverso strutture negoziali diverse, con la conseguente necessità di indagare l'intenzione delle parti per accertare eventuali violazioni del divieto di *donatio inter virum et uxorem* o di quello di donazioni tra estranei eccedenti il *modus legis Cinciae*¹¹.

Soprattutto, nel contesto normativo appena descritto, era essenziale cogliere il momento in cui una donazione si considerava *perfecta* con la piena attribuzione della liberalità al beneficiario.

Naturalmente, la *constitutio* del 323, successivamente riportata nel testo, non nasceva dal nulla. Come ha rilevato l'Archi¹², almeno quattro costituzioni possono essere ritenute precedenti della riforma.

¹⁰ Sui *Fragmenta Vaticana* cfr. E. VOLTERRA, *Vaticana Fragmenta*, in *NNDI*. XII.2 (1940) 862; F. RABER, *sv. Fragmenta Vaticana*, in *PW. Suppl.* X (Stuttgart 1965) 231 ss.; D. PIATTELLI, *sv. Fragmenta Vaticana*, in *NNDI*. XX (1975) 572 ss.; S. VON BOLLA, *Einige Bemerkungen zu den Fragmenta Vaticana*, in *Scritti Ferrini* cit. IV (Milano 1949) 91 ss.; M. FELGENTRÄGER, *Zur Entstehungsgeschichte der Fragmenta Vaticana*, in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen* 5 (1935) 28 ss., in particolare per la classicità del materiale raccolto nei *Fragmenta*, su cui anche cfr. G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore* (Bologna 1970) 29 ss. La questione della datazione della costituzione, da noi proposta per il 323, non è pienamente risolta: dalla *subscriptio* riportata sia dal Codice Teodosiano che da quello giustiniano risulta la data del 316, ma già TH. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani* III (Berolini 1890) 39 correggendo la *subscriptio* dei due codici ed integrando analogamente la lacuna di FV. 240, riporta la legge al 323, giacché la costituzione rinvia presumibilmente a CTh. 8.12.4 che è del 319. Concorde con la proposta mommseniana B. KÜBLER, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae* II 2/2 (Lipsiae 1927) 286 n. 1, ed è generalmente accolta: cfr. B. BIONDI, *Il concetto di donazione* cit. 154 nt. 2; ID., *Successione testamentaria e donazione* cit. 644; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit.

¹¹ Ancora in vigore fino al 319 d.C. come si può argomentare da CTh. 8.12.4; cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazione* cit. 644 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione* cit. 224 ss.; sulla decadenza della *lex Cincia* in età postclassica cfr. G. MELILLO, *Arnobio e l'ultima vicenda della lex Cincia*, in *Labeo* 8 (1962) 62 ss.; sul divieto di donazioni tra coniugi introdotto dalla *Lex*, v. F. CASAVOLA, *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Napoli 1960); G. LONGO, *sv. Lex Cincia*, in *NNDI*. IX (1963) 803 s.

¹² *L'evoluzione della donazione* cit. 1262 ss.; sulle costituzioni collegabili a quella oggetto di commento cfr. anche P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38 (1987) 72 ss., in part. 108.

Una di esse, richiamata nella costituzione del 323 ed identificabile in CTh. 8.12.4, riguarda la donazione *inter parentes et liberos*, la cui validità è fatta dipendere dall'esistenza di una certa ed inequivocabile volontà del donante, a prescindere da ogni altro requisito: *quae non dubium consilium teneat nec incertum, sed iudicium animi tale proferat, ut nulla quaestio voluntatis possit inrepere*.

L'imperatore si muove nella linea di ampia tutela dei rapporti di liberalità all'interno della famiglia, raccogliendo l'eredità di un'analogo iniziativa di Antonino Pio – tramandataci in FV. 314 – e delle tendenze della giurisprudenza del terzo secolo¹³.

In FV. 273 è contenuta un'altra *constitutio* di Costantino, che ribadisce il divieto di donazioni fra coniugi anche in quei casi in cui *titulum emptionis vel debiti tenorem comprehendere videatur*.

In FV. 274 si dichiarano senza effetto le donazioni del padre ai figli in *potestate*; tuttavia, la *perseverantia voluntatis* può determinarne la convalida. Infine, in FV. 287, l'imperatore sembra opporsi alla possibilità di perfezionare con un unico generale atto di volontà la donazione di un intero patrimonio, applicando il principio classico per il quale la *donatio* è atto di attribuzione di cose singole¹⁴.

Nonostante la manifestata adesione ai principi classici, palese nelle costituzioni appena illustrate, Costantino nel 323 opera una radicale sovversione di quegli stessi principi, cedendo secondo alcuni¹⁵ alle tendenze volgarizzanti della sua epoca, se non per il movente della riforma almeno in relazione ai mezzi di attuazione.

In realtà, i provvedimenti del principe sono dominati dall'esigenza di dare certezza alle situazioni dominicali per assicurare la riscossione delle imposte. Prevalgono, dunque, gli interessi della nuova

¹³ Cfr. G.G. ARCHI, *Evoluzione della donazione* cit. 1266 ss.; ID., *La donazione* cit. 225 ss.; P. VOCI, *Tradizione, donazione*, cit. 72 ss.

¹⁴ CTh. 8.12.4 è databile al 319; FV. 273 è del 315; FV. 274 è del 315; FV. 287 è del 318. Per quanto concerne FV. 287, per G.G. ARCHI, *La donazione* cit. 254 è sicura l'opposizione di Costantino alla pretesa di attribuire con un unico atto generale di disposizione un intero patrimonio, già negata da Papiniano (FV. 263) e ribadita da Diocleziano (*Cons.* 6.10-11). Una rassegna dei problemi e letteratura in tema di *donatio* ora in P. GIUNTI, *sv. Donazione (dir. romano)*, in *Digesto* (Torino 1989) 3 ss. estr.

¹⁵ E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit. 138; sulle generali tendenze della legislazione costantiniana v. D.V. SIMON, *Konstantinische Kaiserrechte* (Francoforte 1977) 74 ss.

struttura costituzionale-amministrativa, incentrata sull'autocrazia del principe, anche se i moventi non furono esclusivamente di natura tributaria.

La pubblicità degli atti di trasferimento garantiva la trasparenza del commercio giuridico e dunque il suo controllo da parte di un'organizzazione statale fortemente accentrata, assillata dalle necessità di sicurezza sia interne che esterne, ostile nei confronti delle manifestazioni di autonomia dei privati: vennero perciò evocate antiche forme di partecipazione dei gruppi sociali elementari – come il vicinato – che erano state la tangibile manifestazione della solidarietà, ma in funzione del sindacato sociale e della pubblicità necessaria.

Costantino tende però a giustificare paternalisticamente il suo intervento, denunciando i pericoli per la tranquillità e la stabilità delle relazioni giuridiche insiti nell'incertezza del regime delle donazioni:

FV. 249.1 (*Constantinus et Caess.*): Multas saepe natas ex donatione causas cognovimus, in quibus vel adumbrata pro expressis vel inchoata pro perfectis vel plurima pro omnibus controversiam faciant, cum agentium visa pro ingenio ac facultate dicendi aut perfecta deformarent aut inchoata perficerent. Inde ius anceps ac pro dicentium impulso vacillanti sententia non parum decreta differabant, Maxime karissime ac iucundissime nobis. Hinc enim nuper exceptis personis dicta lex est, in quibus summum ius et voluntas omni libera sollemnitate, modo perfecta ortus suos praesenti munere opulentat. 2. Tempestiva dehinc communium donationum cura successit; absolutis enim illis, quae ideo prima sunt, quoniam sunt religione potiora, circumacto animo ad universum donationum genus conspeximus omnes earum species signis ac nominibus inprimendas, ut in hominum contractibus differentiam sui nuncupationum proprietate secernant.

La costituzione trae dunque origine dall'opportunità di rimuovere le cause della litigiosità nascente dall'equivocità delle clausole contenute in negozi giuridici adattati alla *causa donandi*: soprattutto, l'imperatore ritiene meritevole di tutela la posizione del donatario, la cui *iucunditas* per la *litium tristitudine minuatur*.

Vengono pertanto adottati rimedi che incidono sulle forme dell'atto: il procedimento da adottare per il perfezionamento della donazione

richiede la redazione di un atto scritto dal contenuto predeterminato; la *traditio* della *res advocata vicinitate omnibusque arbitris*; il deposito dell'atto presso un ufficio pubblico.

Costantino di conseguenza è minuzioso nelle prescrizioni intorno ai requisiti dell'atto:

FV. 249.5: Post in iisdem conscribendis praecipue nomen donatoris, ius ac rem notans proscribar. Tum utrumque iure compleatur neque id occulto aut per imperitos aut privatim; his enim rebus saepe clandestina fraus, et quae facta sunt infecta et inducta quae scripta sunt simulans aliisque ac dehinc aliis largiendo atque donando ac saepe venum dando, multos habendi spe allectos concurrere in expugnanda sibi proprietate impulit. 6. Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut vi corpora capientes sollemne illud ius ac voluntarium inconcessa usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur. 7. Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat.

L'imperatore peraltro, dopo avere illustrato gli inconvenienti del regime non ancora riformato della *donatio*, in cui l'ambiguità delle clausole lascia ampio spazio alle sottigliezze interpretative degli avvocati, premette all'esposizione delle nuove norme l'enumerazione delle *species donationum*, *donatio directa*, *donatio mortis causa*, *donatio conditionibus suspensa*, elencate non tassativamente, essendo ammesse donazioni con regime scelto dalle parti, purché lecite. In ogni caso, i *minores indefensi* non dovevano essere soggetti a clausole accessorie.

Al § 5 la *constitutio* proclama i requisiti della donazione. Per quanto concerne la scrittura si impone al notaio di indicare *praecipue* il

nome del donante, la *res* e il diritto (*ius*) oggetto di trasferimento. L'atto deve essere redatto in due esemplari, pubblicamente (*neque occulto aut per imperitos aut privatim*) cioè attraverso la collaborazione di un ufficiale rogante. Tuttavia, le *tabulae donationis* possono essere redatte anche dal donante o da incaricati *ab eo*, alla presenza di testimoni e con la descrizione di persone e cose *ut supra comprehensum est*.

Le formalità hanno un unico scopo: impedire che clandestinamente si attuino donazioni multiple della stessa *res*; vendite successive a donazioni già compiute; atti che suscitano aspri conflitti tra i *multi* allettati da titoli inefficaci a concorrere per ottenere la proprietà dello stesso bene.

Alla redazione scritta dell'atto segue la *traditio rei donatae*, anche essa imposta per colpire coloro che violentemente occupano la *res*, e disciplinata in forma solenne.

La *traditio* deve svolgersi in presenza delle due parti, alla presenza di vicini ed arbitri e di molti altri, *quorum post fide uti liceat*.

Per la tradizione di mobili è sufficiente la presenza della cosa e delle parti, per quella di immobili è necessario che le parti si rechino sul fondo (*sedem novo domino patefecerit*).

Il terzo requisito è l'*insinuatio apud acta praesidis* ed alla sua presenza, oppure *apud acta* dei magistrati municipali.

Lo scopo dell'insinuazione dell'atto è chiaramente affermato: garantire la conoscenza più ampia possibile del negozio appena compiuto (*ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius atti scientiam capiat aut dissimulationem tegat*) e così impedire errori ed inganni per la mala fede di altri.

Nella versione più sintetica della costituzione, contenuta nel Codice teodosiano¹⁶ emerge, con chiarezza forse maggiore rispetto

¹⁶ Per i problemi testuali concernenti la tradizione legislativa del principato cfr. P. DE FRANCISCI, *Per la storia della legislazione imperiale durante il Principato*, in *BIDR.* 70 (1967) 187 ss.; E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti del II Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Firenze 1971) 821 ss.; G. SCHERILLO, *Il sistema del Codice Teodosiano*, in *Studi Albertoni I* (Padova 1935) 513 ss.; J. GAUDEMET, *Recherches sur la législation du Bas-Empire*, in *Studi Scherillo II* (Milano 1972) 693 ss.; G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione* (Napoli 1976) 3 ss., con la ricostruzione delle fonti, scopi e metodi della codificazione. Sul tema v. ancora: G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del Codice Giustiniano*, in *Scritti giuridici I* (Milano 1922) 110 ss.; G. SCHERILLO, *Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano*, in *Studi Ratti* (Milano 1934) 247 ss.

alla prolissità del testo dei *Fragmenta Vaticana*, l'intenzione del legislatore:

CTh. 8.12.1 (*Imp. Constantinus A. ad Maximum p[raefectum] u[rbi]*): Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sentiis, quantum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si conplacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae; ita ut minorum defensores, si per eos donationum condicio neglecta est, rei amissae periculum praestent. In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notati oportet, neque id occulte aut per inperitos aut privatim, sed ut tabulae aut quodcumque aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus plurimis perscribatur et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim adque inruptionem advocata vicinitate omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam adnectendis, quae aput iudicem vel magistratus conficienda sunt. *Dat. III non. feb. Rom(a) Sabino et Rufino cons.*

L'*Interpretatio*¹⁷ della costituzione mette l'accento sulla pubblicità da assicurare nella redazione dello *scriptum*:

Interpretatio: ... In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius cui donatur: deinde res quae donantur sive in agris sive in manci-

¹⁷ Sulla *interpretatio* visigotica v. H. FITTING, *Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen spätern Kaiserzeit*. II. Die sog. westgotische *interpretatio*, in *ZfR*. 11 (1873) 240 ss.; A. CHECCHINI, *Studi storico-critici sulla «interpretatio» al CTh.*, in *Scritti Monticolo* (Venezia 1913) 1-53 estr.; F. WIEACKER, *Lateinische Kommentare Zum C.Th.*, in *Symbolae Friburgenses Lenel* (Leipzig 1931) 260 ss.; G. FERRARI DALLE SPADE, *Osservazioni sulla trasmissione diplomatica del C.Th. e sulla int. visigotica* (Padova 1913); M.A. DE DOMINICIS, *Il metodo e l'indirizzo storico-romanistico nell'opera di G. Ferrari dalle Spade*, in *RSDI*. 23 (1930) 110 ss.; C.A. CANNATA, *I rinvii al «bis» della «interpretatio» al codice teodosiano*, in *SDHI*. 28 (1962) 292 ss.

piis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice, non privatim vel secrete, sed ut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si litteras novit donator, ipse subscribat: si vero ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem et gestorum sollemnitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta veto donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt.

Nelle donazioni bisogna osservare un rigido ordine di redazione: in primo luogo va indicato il nome del donatore e del donatario; poi *nominatim* le *res* oggetto di alienazione e non *occulte*, ma pubblicamente, *non privatim vel secrete, sed ut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio*. Segue la sottoscrizione dell'atto, la *traditio corporalis* dell'oggetto, l'*allegatio* dei *gesta apud iudicem aut apud curiam*.

La *donatio* si trasfonde in un atto pubblico, ma non solo nel senso di atto redatto da un pubblico ufficiale, bensì in quello di documento pubblicamente annunziato, con la forte sottolineatura della necessità di socializzazione delle intenzioni individuali – come è reso evidente dal tratto «*nominatim-donatio*».

Secondo l'*Interpretatio*, infatti, il donante *si litteras novit* sottoscrive di persona l'atto; in caso contrario, *praesentibus plurimis eligat* chi sottoscriva per suo conto il documento.

Sul punto la versione dei *Fragmenta* – quella forse più fedele all'originale – è diversa da quella dell'*Interpretatio*:

FV. 249.6: Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit, scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut vi corpora capientes sollemne illud ius ac voluntarium inconcessa, usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesen-

tium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur.

E trova riscontro nella sintesi del Codice Teodosiano.

CTh. 8.12.1.1: In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut per inperitos aut privatim, sed ut tabulae aut quodcumque aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus plurimis perscribatur.

La costituzione, nella versione dei *Fragmenta Vaticana* come in quella del Codice, prescrive che la redazione dell'atto – il cui contenuto minimo è accuratamente precisato¹⁸ – debba avvenire pubblicamente, con la partecipazione di esperti al fine di evitare errori, ambiguità, simulazioni. La sottoscrizione deve essere personalmente realizzata dal donante o dal donatario *scientibus plurimis*.

I *plurimi* fungono dunque da testimoni ed asseveratori della *perscriptio*. Nella *Interpretatio*, che registra la prassi consolidatasi nel quinto secolo d.C., i *plurimi praesentes* possono sottoscrivere l'atto per il donante in virtù di una sua *electio*, mentre sembra escluso ogni intervento del donatario.

Alla redazione e sottoscrizione segue la *traditio* della *res donata*, imposta *ad excludendam vim adque inruptionem* – come icasticamente riassume il *Codex*¹⁹ – al fine cioè di evitare usurpazioni violente o fraudolente, *advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebretur*.

3. Il testo dei *Fragmenta Vaticana* trova fedele riscontro in quello del *Codex*:

CTh. 8.12.1.2: Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim adque inruptionem advocata vicinitate omnibusque arbitris adhibitibus, quorum postea fide probabitur donatam rem, si est

¹⁸ Cfr. FV. 249.5-6; particolarmente efficace e minuzioso il commento del P. VOGLI, *Tradizione, donazione* cit. 102 ss.

¹⁹ Cfr. CTh. 8.12.1.2.

mobilis, ex voluntate traditam donatoris vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam adnectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt.

La *vicinitas* deve dunque essere convocata insieme con gli arbitri al fine di preconstituire i *testes* cui fare successivamente, ed eventualmente, ricorso per la prestazione della *fides*. La celebrazione della *traditio* avviene *convento plurimorum*: la *res mobilis* è consegnata direttamente al donatario; *si immobilis* con l'allontanamento del donante e l'insediamento del *novus dominus*.

L'ultimo atto del complesso procedimento è costituito dalla *insinuatio* dell'*instrumentum apud iudicem vel magistratus*.

La *ratio* della disposizione è efficacemente illustrata nel testo della costituzione tramandataci da:

FV. 249.7: Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat.

La precarietà della testimonianza assicurata dalla *conventio plurimorum* richiede dunque la conferma dell'atto attraverso il pubblico deposito.

Costantino prevede un procedimento complesso, articolato in fasi in cui rivivevano istituti antichi ma coniugati a strumenti più recenti (l'*insinuatio* è già comunque nel processo del II secolo), come l'*insinuatio apud acta*.

L'ispirazione fondamentale del legislatore è ravvisabile nella tensione ad assicurare piena corrispondenza tra realtà di fatto e stato di diritto, diritti di proprietà e situazioni possessorie:

FV. 249.9: Talia enim esse oportet dominorum initia, quorum diuturna possessio saepe legitima proprietatum iura perfringit, talis liberalitatum honestas, quae locis clamata omnibus accipientium donantiumque familias liberalitatis et gratiae praedicatione compleat, simul ut, cum sit eximium cuiusque donum promerendo cepisse, eius iucunditas nulla litium tristitudine minuat.

4. La portata delle innovazioni costantiniane è stata diffusamente indagata²⁰: secondo tesi ormai prevalenti, è indubbio che la costituzione, lungi dal rappresentare una semplice istruzione per la più oculata redazione del documento attestante la donazione²¹ ha fissato punti fondamentali determinanti un nuovo indirizzo dell'istituto²².

Si dà atto della obsolescenza della *lex Cincia*²³, con il conseguente abbandono, da tempo realizzato, del sistema imperniato sulla distinzione tra *donatio perfecta* ed *imperfecta* e sulla separazione tra atto attributivo e *perfectio donationis*. La donazione è infatti perfetta quando tutti i requisiti formali richiesti dalla costituzione sono presenti, con la conseguenza di attribuire il diritto al donatario, segnandone la irrevocabilità.

²⁰ B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. 644 ss.; ID., *sv. Donazione* cit. 229 s.; C. DUPONT, *Les donations* cit. 308 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione* cit. 253 ss.; ID., *L'evoluzione della donazione* cit. 1275 ss.; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit. 140; ID., *Indirizzi e problemi nel sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini* [Univ. Pavia] (Milano 1946) 670 ss.

²¹ Ed infatti consapevole della complessa valenza della riforma costantiniana era B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit. 645 cui sembra aderire, anche se in un contesto che sottolinea l'importanza della costituzione in esame per la storia delle forme di pubblicità, F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in *SDHI*. 23 (1957) 250 e nt. 206.

²² Riduttiva è invece l'interpretazione di P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 107 s. per il quale lo scopo della riforma è esattamente quello manifestato da Costantino: evitare che la donazione rimanga segreta e che l'occupazione della cosa avvenga senza o contro la volontà del donante. A tale fine la scrittura tutela il donatario da successivi pentimenti del donante; la *traditio corporalis* impedisce che l'occupazione della *res* si compia clandestinamente o violentemente; l'*insinuatio* rende la donazione conosciuta da tutti. Non corrisponde invece al vero, per il Voci, che con la riforma la donazione assuma per la prima volta la forma del negozio in cui si trasfondeva. In primo luogo perché Costantino regola la donazione reale; in secondo luogo, perché anche prima della riforma la donazione costituiva un negozio autonomo, privo di una forma propria, ma con un suo regime secondo la tradizione romana che con il fenomeno dell'adattamento funzionale utilizza poche forme negoziali per molti scopi. La tesi del Voci è condivisibile per l'acuta analisi degli scopi delle complesse formalità adottate da Costantino per la donazione, ma non lo è per quanto concerne la negazione dell'evidente tipicità assunta dalla *donatio* dopo l'emanazione della *constitutio*. Il contenuto della tipicità è infatti nella previsione normativa delle formalità cui si riconnette la tipicizzazione dell'elemento causale.

²³ Cfr. CTh. 8.12.1; FV. 249.10: *Abolito igitur iure quod quibusque rebus donandis Cincia lex imposuit neque amplius ea perfectione facienda quam illa ordinaverat negamus certae formae verborum deinde esse quicquam requirendum, quoniam iam lege commutata verba et ipsa abolita sunt antea necessaria in donationibus faciendis.*

Agendo sulla forma, Costantino ha tipicizzato la *causa donandi*, rendendola un negozio giuridico²⁴ a forma rigidamente disciplinata.

La ridefinizione dell'istituto comportò la profonda trasformazione delle problematiche giuridiche collegate con la donazione: l'antica *exceptio legis Cinciae*, che consentiva al donante di non eseguire la liberalità diviene una generica *exceptio legis* con cui si rivendica l'inservanza del procedimento di legge. Parimenti, la costituzione costantiniana, ed i successivi interventi legislativi, conferiscono un diverso significato ad antiche e consolidate categorie giuridiche: *modus donationis* non è la misura entro cui la *lex Cincia* consentiva di donare, ma il valore della *res donata*, che impone il rispetto delle formalità richieste dalla legge; allo stesso modo le *personae exceptae* sono quelle dichiarate esenti dal rispetto delle forme legali²⁵.

È peraltro evidente che la riforma costantiniana, sebbene faccia riferimento *ad universum genus donationis*, modella la donazione sullo schema della *donatio* traslativa di immobili, considerata la presenza della *traditio* come elemento perfezionativo, che certamente costituiva il tipo più frequente²⁶.

La *constitutio*, in realtà, appare avere recepito le tendenze della prassi, elevando a modelli normativi le clausole cautelari escogitate dai pratici per rendere più sicure le donazioni.

²⁴ Per G.G. ARCHI, *La donazione* cit. 252 non vi è dubbio che in tanto si è potuto parlare di donazione come *contractus*, anche nel nuovo significato generico assunto dal termine all'inizio dell'epoca postdassica, in quanto ci si voleva distaccare dalla concezione di donazione intesa come causa di acquisto.

²⁵ Sulla problematica cfr. G. MELILLO, *Arnobio e l'ultima vicenda della lex Cincia* cit. 65 ss. Infatti, la legge si suppone abolita nell'opera di Arnobio *Adv. nat.* 2.67, databile al 326 già secondo M. RADIN, *La disparition de la loi Cincia*, in *Revue historique* 7 (1928) 248 ss.

²⁶ Per P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 107 e nt. 36 non è pensabile che la sola donazione riconosciuta sia ormai quella reale (così invece E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit. 140) in quanto Giuliano in una sua costituzione (CTh. 35.8) ammette ancora la donazione obbligatoria; di conseguenza, per il Voci, da una riforma di estensione limitata non può dedursi un mutamento di natura del negozio giuridico, di necessità generale. Si può però obiettare che le donazioni reali, per la loro importanza, richiesero l'intervento del legislatore che ne rese tipiche le formalità e la causa, senza la necessità di interventi più generali: inoltre il legislatore annunzia l'intendimento di voler incidere sull'*universum genus* delle donazioni, forse nella sua visione rappresentato da quelle economicamente più rilevanti.

Tuttavia, la legge non mostra un particolare *favor* per le liberalità²⁷, poiché appesantisce e rende estremamente rigoroso l'aspetto formale del negozio, anche se ne consolida la certezza.

Costantino, infatti, agisce sulla struttura dell'atto all'evidente scopo di rafforzarne precipuamente l'apparato probatorio.

L'*animus donandi*, a questo fine, deve essere manifestato con assoluta trasparenza e concretizzarsi puntualmente nella traslazione del bene al donatario.

L'effettività della *donatio* – determinante ai fini della corrispondenza tra situazione di fatto e di diritto – è garantita dalla pubblicità del procedimento: la convocazione della *vicinitas* sanziona collettivamente la serietà delle intenzioni del *donans* e rafforza gli strumenti di prova tutelando il destinatario della liberalità ed allo stesso tempo garantendo la certezza della circolazione dei beni.

La funzione del vicinato non può dunque essere ridotta alla mera attestazione dell'effettività della *traditio*.

Indubbiamente il sistema costantiniano, rievocando forme antiche di pubblicità, tendeva in ordine ai beni immobili alla realizzazione del principio della continuità della pubblicità²⁸, anche se per le donazioni di beni mobili la presenza dei vicini poteva oggettivamente assicurare il donatario intorno alla proprietà del *res donata* in capo al donante.

La *testatio* dell'effettività della *traditio* affidava infatti ai vicini il ricordo dell'atto compiuto e consentiva lo stesso accertamento per il futuro: tuttavia, il ruolo di *testes* sembra essere esercitato in modo precipuo dagli arbitri, che in quanto tali assolvono una funzione equitativa ed imparziale tra le parti, che li mette poi in grado di prestare la *fides* in caso di contenzioso.

La *vicinitas* è chiamata in causa dal donante per assolvere compiti più complessi: la *consuetudo vitae* che lega i finitimi al *donans* consente loro di asseverare la serietà delle sue intenzioni, di approvare come collettività di *sodales* l'atto di liberalità e garantire il donatario dell'effettività dell'*animus donandi*. Solo i vicini, infatti, in quanto compartecipi

²⁷ Come non riteneva B. BIONDI, *Diritto romano cristiano* III (Milano 1954) 347, ivi bibl.; analogamente P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 107; favorevole E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit. 140.

²⁸ Cfr. F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti* cit. 250 ss.

della vita del *finitimus*, erano in grado di apprezzare compiutamente le ragioni della liberalità.

5. L'intervento della *vicinitas* come soggetto collettivo costituisce l'elemento di maggiore significato, dal punto di vista sociale, della riforma costantiniana. L'*advocatio vicinitatis*, come elemento formale necessario ai fini della validità della *donatio*, pone complessi problemi concernenti la sanzione giuridica nella ipotesi di rifiuto dei vicini a comparire. La *constitutio* sembra implicitamente contenere un ordine ai vicini di presenziare²⁹: non è infatti sufficiente, ai fini della perfezione formale del negozio, la semplice chiamata dei finitimi, ma si richiede che la tradizione della *res donata* si compia *advocata vicinitate* e dunque all'effettiva presenza di un congruo numero di vicini.

L'assenza del vicinato comportava la impossibilità di una valida donazione: l'inosservanza della disposizione riverberava effetti negativi nella sfera privata delle parti negoziali.

La costituzione di Costantino doveva dunque presupporre momenti costrittivi scaturenti dall'intreccio di sistemi precettivi, etici e di costume, realmente operanti nella società³⁰, e generanti normative, che pure essendo sprovviste di strumenti esplicitamente coercitivi, erano tuttavia idonee ad attingere quella soglia di effettività qualificante la giuridicità.

La riproposizione della *vicinitas* come gruppo sociale di riferimento per discipline giuridiche esterne in un certo senso allo Stato-apparato presuppone la vitalità di quel complesso intreccio di complicità e solidarietà costituente la sostanza dell'ideologia del vicinato antico. Solo una stretta orditura di rapporti, saldamente radicata nel costume collettivo, poteva indurre i *confines* ad essere presenti alla celebrazione di atti che modificavano la composizione del gruppo, attraverso i trasferimenti del-

²⁹ Cfr. F. GALLO, *o.u.c.* 255; sulla pubblicità dei trasferimenti e le sue forme cfr. F. SCHUPFER, *La pubblicità nei trapassi della proprietà secondo il diritto romano del basso impero*, in *RISG.* 39 (1904-5) 1 ss. dell'estr.; F. GALLO, *Un capitolo di storia della pubblicità*, in *Labeo* 3 (1957) 105 ss.; ID., *La pubblicità nell'esperienza giuridica romana e contemporanea*, in *Labeo* 4 (1958) 89 ss.; ID., *sv. Pubblicità (dir. rom.)*, in *ED.* XXXVII (1988) 966 ss.

³⁰ Sul tema della sanzionabilità di disposizioni normative cfr. S. DI PAOLA, «*Leges perfectae*», in *Syntelesia Arangio-Ruiz* II (Napoli 1974) 1075 ss.; G. MELILLO, *Ricerca romanistica e problemi di metodo*, in *Labeo* 19 (1973) 283 ss., in part. 291.

le proprietà immobiliari, introducendo elementi nuovi che dovevano essere accettati dalla comunità. Un impulso non minore a rendere effettiva la presenza dei vicini proveniva dalle reciproche aspettative avanzate dai membri della comunità e tendenti a garantirsi gli uni con gli altri per i futuri possibili trasferimenti delle rispettive proprietà.

6. Nel 337³¹ Costantino disciplina le vendite immobiliari richiedendo la presenza dei vicini alla celebrazione del contratto ed assegnando alla *vicinitas* un ruolo attivo nel perfezionamento del *contractus* analogo per alcuni aspetti a quello giocato nella donazione. La costituzione, riportata in forma sintetica in CTh. 3.1.2, è in una redazione ampia nei *Fragmenta Vaticana*.

Le motivazioni del provvedimento sono esplicite nel testo della costituzione: Costantino era afflitto dalle lamentazioni, provenienti da ogni dove, di proprietari concordi nel dichiarare che le loro proprietà non erano state legittimamente alienate; che altri possedevano e godevano le *res alienatae* mentre gli antichi *domini* erano costretti a pagare le tasse. La generale confusione rendeva dunque necessario sanzionare l'abuso delle vendite *sine censu*³² che sottraevano i compratori alle imposte.

FV. 35.3: Has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus, et idcirco iuste providentiae consulta

³¹ La data del 337 è secondo l'opinione dominante quella più probabile: cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione di Vat. Fragm. 35*, in *Studi in onore di Emilio Betti II* (Milano 1962) 445 ss., in part. 447 nt. 1; P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 109 ss.; il O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919, r. 1964) 191 propone l'anno 313, data condivisa da P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* («*Res Mancipi*» e «*res nec Mancipi*»), in *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù* (Torino 1918) 311 ss. La ragione per cui si preferisce la data del 337 – anno in cui era in carica il prefetto del pretorio Gregorio destinatario della *constitutio* – è nella necessità che essa debba essere posteriore a quelle riferite in CTh. 11.3.1 e 11.3.2, del 319 e del 327, rispettivamente, contenenti disposizioni che presuppongono non ancora introdotto il regime della *traditio* imposto da FV. 35.

³² *Sine censu* assume nelle fonti il significato di trasferimento senza assunzione del peso delle imposte: cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 459 nt. 29; G.I. LUZZATTO, *La riscossione tributaria in Roma e l'ipotesi della proprietà-sovranià*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto IV* (Milano 1951) 100.

deliberatione sancimus, ut omnino qui comparat rei comparatae ius cognoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut si aliquid sine censu venierit et post ab aliquo deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat.

A nessuno dunque è consentito *rem sine censu vel comparare vel vendere*: di conseguenza, se a seguito di una *fiscalis inspectio* risulterà celebrata una vendita in violazione della norma, *fisco vindicante*, il venditore perderà il possesso ed il compratore il prezzo corrisposto.

L'illiceità della *venditio* ne determina la nullità³³: la confisca a favore del fisco presuppone l'inesistenza giuridica della vendita e perciò colpisce il venditore per la *res* – da presumersi già trasferita all'*emptor* all'atto della *inspectio fiscalis* – ed il compratore per il *pretium* – anch'esso presumibilmente già corrisposto al *venditor*.

7. Le disposizioni fiscali contenute nella costituzione aggravano precedenti divieti di *venditiones sine censu* disposti in due *constitutiones* di Costantino, a noi tramandate attraverso il Codice Teodosiano che le riporta sotto il titolo «*Sine censu vel reliquis fundum comparari non posse*»:

CTh. 11.3.1: Rei annonariae emolumenta tractantes, ut cognosceremus, quanta reliqua per singulas quasque provincias et per quae nomina ex huiusmodi pensitationibus resedissent, cognovimus

³³ C. DUPONT, *La vente* cit. 245 ritiene che la vendita fosse comunque valida ed efficace, anche se sanzionata con la confisca della *res*. Sanzioni che per F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 471 s. nt. 58, rispecchiano la nullità per illiceità del negozio. Decisamente contrario alla possibilità di attribuire all'inosservanza delle norme contenute nella seconda parte della legge (dettate nell'interesse privato) le sanzioni contenute nella prima è P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 111 ss., per il quale le due parti sono ben distinte fra loro – quella concernente le alienazioni *sine censu* e quella sulla *traditio ex vendito* – e concorrenti a formare una *constitutio de diversis negotiis*. La tesi, sia pure fondata su serie argomentazioni, non tiene forse nel giusto conto la strettissima connessione delle disposizioni contenute nella costituzione, riconosciuta dallo stesso Voci a p. 113, e la particolare configurazione delle norme di carattere fiscale che possono incidere su istituti privatistici perseguendo obiettivi di natura tributaria.

hanc esse causam maxime reliquorum, quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac condicione fundos opimos conparent et electos, ut nec reliqua eorum fisco inferant et immunes eos possideant. Ideoque placuit, ut, si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum atque hoc genere possessionem esse mercatum, tam pro solidis censibus fundi comparati quam pro reliquis universis eiusdem possessionis obnoxius teneatur.

CTh. 11.3.2: Mancipia adscripta censibus intra provinciae terminos distraherentur et qui emptione dominium nacti fuerint, inspiciendum sibi esse cognoscant. Id quod in possessione quoque servari rationis est: sublati pactionibus eorundem onera ac pensiones publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eadem migraverunt.

Nella prima costituzione, del 319³⁴, l'imperatore dichiarò nulli i *pacta* con i quali i compratori di fondi rustici venivano esentati dal pagamento delle imposte arretrate e venivano resi *immunes* anche per quelle future.

Nella seconda, del 327³⁵, si estendeva la precedente normativa alle vendite dei *mancipia adscripta censibus*, di cui si vietava l'alienazione al di fuori delle rispettive province³⁶.

La *constitutio* del 337 nel ribadire la nullità delle *pactiones* dirette ad esentare gli *emptores* dal *census*, introdusse la confisca del prezzo e della *res*, senza tuttavia ottenere significativi risultati.

³⁴ Diretta *Ad Antonium Marcellinum praes. prov. Lugdunensis primae*, O. SEECK, *Regesten* cit. 161 data al 313 ed alla sua proposta sembra aderire P. VOGLI, *Tradizione, donazione* cit. 109; cfr. anche A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero. Diritti reali e possesso* (Roma 1940) 35 ss.; F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 462 ss. e nt. 37, che insiste sulla nullità delle *venditiones sine censu* con efficacia anche nei rapporti interni tra venditori e compratori.

³⁵ Diretta ad *Acacius comes Macedoniae*. Le disposizioni contenute nella costituzione erano di due tipi, cfr. P. VOGLI, *Tradizione, donazione* cit. 109: con la prima si consentiva la vendita del *servus adscriptus censibus* solo nella provincia ove si trovava il fondo cui era ascritto, in modo da garantire che l'imposta, gravante sul possessore per il fondo ed i lavoratori ascritti, passasse a carico del compratore; con la seconda, si ribadiva che la vendita di un fondo comportava il trasferimento degli oneri fiscali a carico del compratore, con esclusione di ogni patto contrario (*sublati pactionibus*).

³⁶ Con estensione del divieto anche ai rapporti interni tra le parti, seguendo sul punto F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 463, anche se la norma si rivelò inadeguata. Dubitativo sulla inefficacia *inter partes* P. VOGLI, *Tradizione, donazione* cit. 109.

Infatti l'imperatore Giuliano, ricollegandosi alle prime due costituzioni costantiniane, così dispose³⁷:

CTh. 11.3.3. *Ad Secundum pp.*: Omnes pro his agris quos possident publicas pensitationes agnoscant nec pactionibus contrariis adiuvantur, si venditor aut donator apud se conlationis sarcinam pactione illicita voluerit retinere, etsi necdum translata sit professio censualis, sed apud priorem fundi dominum forte permaneat, dissimulantibus ipsis, ut non possidentes pro possidentibus exigantur.

Interpretatio: Fundum nullus audeat comparare, sed omnes pro his agris, qui ad eos quoquo modo pervenerint, publici canonis impleant functiones. Nec de solutione tributi cuicumque liberum sit pacisci, sed sive donetur ager sive vendatur, factus dominus integra rei tributa suscipiat.

Veniva ribadita la nullità delle convenzioni tendenti ad impedire il trasferimento del carico fiscale in una alle compravendite, senza tuttavia prevedere confische. Le ragioni dell'omissione risiedevano probabilmente nell'inopportunità di sanzioni che, presupponendo la nullità del *contractus* e non delle sole *pactiones* tendenti ad evitare che *onus census emptorem sequatur*, rendevano ancora più confuso ed intricato l'accertamento delle effettive situazioni proprietarie³⁸.

La particolare resistenza di una prassi negoziale così eversiva delle ragioni del fisco era dovuta, tra l'altro, al fatto che gli acquisti *sine censu* costituivano una forma di tutela degli interessi economici dei *potentiores*³⁹, il ceto privilegiato in possesso dei mezzi monetari per rea-

³⁷ Diretta *Ad Secundum Praefectum Praetorio*, del 363 d.C. Sulla *constitutio* v. F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 473 ss.; P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 124. Di contenuto probabilmente analogo CTh. 11.3.4, del 363: *Edictum. Post alia. Dominum, qui fructus capit, tributa exigi iustum est. Dat. III Kal. Mar. Iuliano A. IIII et Sallustio cons.*

³⁸ Cfr. F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti* cit. 230 ss.; F. SCHUPFER, *La pubblicità nei trapassi della proprietà* cit. 2 ss. dell'estr; sul problema più generale dell'efficacia delle vendite v. A. BURDESE, *sv. Vendita (dir. romano)*, in *NNDI*. XX (1975) 594 ss.; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (Padova 1934) 165 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano I* (Napoli 1952) 92 ss.; F. GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite. Appendice al corso di diritto romano* (Torino 1964).

³⁹ Cfr. C. DUPONT, *La vente* cit. 247.

lizzare gli acquisti fondiari, in genere a discapito di piccoli proprietari in disagiate condizioni⁴⁰.

Infatti, l'assenza di una norma che imponesse la variazione dei ruoli delle imposte all'atto del trasferimento comportava la permanenza dell'alienante come unico legittimato passivo dell'obbligazione fiscale, ma privo della garanzia reale costituita dal possesso del fondo.

In pratica, i *venditores* sospendevano i pagamenti dopo la vendita ed i compratori, sia per la loro posizione sociale, sia per non risultare nei *libri censuales* non venivano perseguiti, con grave decremento delle entrate fiscali.

La soluzione più favorevole per il fisco venne da una costituzione di Teodosio I, Arcadio e Onorio⁴¹ che sancì l'obbligo per gli acquirenti di richiedere *statim* la variazione del *census* garantendo così la continuità della riscossione fiscale e ad un tempo della successione delle compravendite.

Nella *constitutio* di Costantino, nella versione ampia dei *Vaticana Fragmenta*, dopo le disposizioni di carattere fiscale, vengono le prescrizioni a garanzia della pubblicità dei trasferimenti che toccano più da vicino il tema della nostra indagine:

FV. 35.4: Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur.

⁴⁰ Cfr. P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 109 e nt. 45 ove si ricorda che ancora Salviano *De gub.* V 8.42 narra delle sopraffazioni dei *potentes*.

⁴¹ CTh. 11.3.5 del 391, di cui è interessante riportare il testo: (*Impp. Theodosius, Arcadius et Honorius AAA. Tatiano Praefecto Praetorio*). *Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet adnotari ac se spondeat soluturum, ablataque molestia de auctore in succedentem capitatio transferatur. Dat. XV Kal. Octob. Constantinopoli Tatiano et Symmacho cons.* Sul provvedimento v. F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 462 s.; P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 125, per il quale le leggi di Giuliano e Teodosio contengono norme non innovative e tendono a ribadire l'applicazione con più pesanti sanzioni.

Nessuno dunque poteva vendere o acquistare una *res* se al momento dell'*explicatio sollemnis* non fosse prestata la prova *certa et vera* della proprietà *vicinis praesentibus*. La prescrizione è estesa alle compravendite di immobili anche di minore valore, anche se il tratto «*ut etiamsiaiunt*» in cui si pretendono le gravose formalità della legge per la *venditio* di *subsellia* sarebbe secondo tesi prevalenti una glossa⁴².

La *probatio proprietatis* deve essere fornita al momento della redazione dello scritto che formalizza la vendita (*explicatio sollemnis*).

Indubbiamente, tra le parti della *constitutio* contenenti provvedimenti di natura fiscale e quelle concernenti le forme della *venditio* esiste un collegamento, nel senso che l'esigenza di garantire il *fiscus* ispira anche la seconda disciplina, che ha però rilevanza ed efficacia generale essendo esplicitamente diretta ad impedire contese e ad assicurare la stabilità delle situazioni proprietarie nell'unico modo possibile, attraverso il rafforzamento della pubblicità.

Infatti, l'imperatore insiste sui benefici discendenti dalla proclamazione pubblica dell'atto:

FV. 35.5: Hinc etenim iurgia multa nascuntur; hinc proprietatis iura temerantur; hinc dominiis vetustissimis molestia comparatur, cum caecitate praepropera et rei inquisitione neglecta, luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata domini, iuris ratione postposita ad rei comparisonem accedunt, omissis omnibus dissimulatis atque neglectis id properant atque festinant, ut quoque modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur: cum longe sit melius, sicuti diximus, ut luce veritatis, fidei testimonio publica voce, sub clamationibus populi idoneus venditor adprobetur, quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat. 6. Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus

⁴² Secondo una congettura che avanzata da TH. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris antejustiniani* cit. III 27 n. 5 è condivisa da E. LEVY, *West Roman Vulgar Law* cit. 128 ss. e da F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 452 s.; interessante la tesi di P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 113 per il quale *subsellium* è l'equivalente volgare di *scamnum* inteso come porzione insignificante di terra, in relazione agli spezzoni di terra rimasta non arata e che perciò rimanevano duri e compatti; tuttavia sul punto v. F. GALLO, *o.l.c.*; ID., *I «subsellia» in Vat. Fr. 35: seggiole o porzioni di terreno?*, in *Iura* 33 (1982) 104 ss.

et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione dissimulet; quem sic oporteat agere, ut nec illud debeat requiri quod ex iure dicitur: «si a domino res vendita sit». 7. Ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. Cui legi deinceps cuncti parere debebunt, in omnia diligenti circumspectione quaesita per universas successiones tuto decurrant neque aliquem ex improvidentia casum malignae captionis horrescant.

Il contratto tra compratore e venditore non deve dunque consumarsi segretamente, in fretta e furia, senza indagare sul buon diritto dell'autore, violando ogni precetto ed ogni cautela formale; il *venditor* ha la necessità, di conseguenza, di essere *probat* da testimoni degni di fede, dalla *publica vox*, dalle *clamationes populi* affinché *felix comparator atque securus aevo diuturno persistat*.

Ed anche per la *quies* dei successivi trasferimenti, per evitare che il venditore rivendichi come suo ciò che è di altri, ingannando il compratore *incautus et credulus*, si prescrive che l'*emptor* richieda la testimonianza dei vicini (*testificantibus vicinis omnia debeat quaerere*) in ordine alla titolarità in capo al *venditor* della proprietà della *res alienata*.

La verifica imposta dalla legge persegue due scopi diversi: il venditore deve avere l'approvazione della *vicinitas* in quanto gruppo sociale di riferimento, nella forma della tradizionale prestazione di *auctoritas*, che asseveri le sue dichiarazioni. L'*emptor* richiede invece ai vicini la mera testimonianza sulla fondatezza delle affermazioni del dante causa, ma anche la rassicurazione sulla continuità dei trasferimenti e quindi sulla sicurezza dell'acquisto.

Nelle speranze di Costantino le cautele previste eviteranno per il futuro vendite fraudolente: l'attestazione pubblica, la *publica vox*, dando forza alla *probatio proprietatis* del venditore e tutelando il compratore, evitano così che la sua condizione sia *deterior* per via di un «*malus venditor*» e rendono inutili clausole contrattuali del tipo «*si a domino res vendita sit*», sostituite dalla ben più solida prestazione della *fides* collettiva.

Le ragioni pratiche che già indussero l'imperatore ad introdurre elementi di pubblicità nella *donatio*, agendo però sulla sostanza della struttura dell'istituto trasformato in negozio con forme rigorosamen-

te prescritte da mera *causa donandi* quale era in origine, spingono a rimodellare l'*emptio-venditio*, intervenendo però sulla forma del procedimento, con conseguenze non meno rilevanti, poiché il mancato rispetto delle norme non poteva che comportare la nullità del negozio.

È discusso peraltro se alla mancata osservanza dei requisiti formali, con la nullità dell'atto, seguisse la confisca della *res* e del prezzo, prevista espressamente, come abbiamo visto, per la *venditio sine censu*⁴³. Tuttavia, considerata la stretta connessione tra le parti del provvedimento e l'inestricabile intreccio tra le norme di carattere fiscale e quelle di carattere sostanziale, sembra logico estendere al complesso della disposizione legislativa l'apparato sanzionatorio previsto per l'alienazione *sine censu*.

8. La *constitutio* possiede di conseguenza caratteri specifici che la differenziano dalla precedente costituzione in tema di donazione, che infatti fu determinata dall'esigenza del legislatore di controllare gli atti di liberalità, definendone il contenuto minimo e tipico. Regolando le vendite, FV. 35 aveva il duplice scopo di reprimere abusi fiscali ed assicurare il traffico giuridico.

Le finalità perseguite dall'imperatore nella *constitutio de venditionibus* sono perciò molteplici e sono state oggetto, anche di recente, di indagini penetranti⁴⁴.

Per il Levy⁴⁵ la normativa sarebbe stata un mezzo per il perseguimento di meri interessi fiscali, garantendo il pagamento delle imposte da parte dei compratori di immobili attraverso la continuità delle vendite. Tuttavia, come ha ribadito il Gallo⁴⁶, l'*imperator*, oltre a perseguire scopi di natura tributaria, intese soprattutto porre rimedio alle incertezze e confusioni nella materia dei trasferimenti immobiliari, fornendo agli acquirenti gli strumenti di accertamento delle situazioni dominicali mediante l'interrogazione dei vicini. Si contri-

⁴³ Di opinione contraria DUPONT, *La vente* cit. 242 ss.; P. VOCI, *o.l.c.*; E. LEVY, *o.l.c.* più dubitativamente.

⁴⁴ Rassegna bibl. con aggiornata ricognizione dei problemi in P. VOCI, *o.l.c.*

⁴⁵ *West Roman Vulgar Law* cit. 128 ss.

⁴⁶ F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 468 ss.; ID., *La pretesa pubblicità* cit. 254 ss.

buiva dunque in via diretta alla certezza dei rapporti giuridici e della circolazione dei beni e di conseguenza alla protezione degli interessi fiscali dello Stato.

L'ambito di efficacia del provvedimento era delimitato dagli obiettivi determinanti: si incideva sui trasferimenti delle *res pretiosiores*, i fondi rustici, unici a sollecitare il reale interesse del *fiscus* nonché dei compratori per il loro grande valore economico, sebbene il testo della costituzione contenga espressioni che mostrano l'estensione della *lex ad omnes venditiones*, anche se di scarso valore venale.

Sul punto l'analisi del Gallo⁴⁷ è condivisibile, poiché la stessa struttura del procedimento, con la necessità dell'intervento dei vicini all'atto della *explicatio sollemnis*, presupponeva la *venditio* di cose per le quali fosse richiesta la forma, essenziale, propria delle traslazioni delle *res immobiles*.

Inoltre, la testimonianza dei finitimi, intesi come vicini della cosa alienata, poteva essere utilmente prestata solo per i beni immobili.

Di qui, per il Gallo, la diversa funzione dei *vicini* nella compravendita rispetto alla donazione: se nella prima essi si limitavano alla testimonianza circa la proprietà del venditore, nella seconda assistevano al compimento della *traditio*, costituendo con il loro intervento mezzi di prova intorno alla *perfectio* del contratto.

Nell'*emptio-venditio* la *testatio* della *vicinitas* soddisfaceva l'esigenza della pubblicità, assicurata nella donazione dall'*insinuatio apud acta* dell'*instrumentum*.

9. È possibile, allora, tentare di discriminare la composizione della *vicinitas* come gruppo socialmente riconoscibile, a fini privati e fiscali, nelle due situazioni: nelle compravendite di fondi rustici, i vicini, come *confines* della *res vendita*, erano i soli in grado di attestare la continuità delle vendite e la reale pertinenza delle proprietà; nelle donazioni, la cui riforma aveva carattere generale – e dunque non limitato ai fondi rustici – il *vicinus advocatus* era il *propinquus* del donante, in grado di attestare le valide ragioni della liberalità e la serietà delle intenzioni del suo autore.

⁴⁷ Per la interpretazione cit. 456 s.

Ne consegue che il ruolo assolto dalla *vicinitas* nella *donatio* e nell'*emptio venditio* era sostanzialmente dissimile tenendo nel dovuto conto la presenza nelle donazioni di altri soggetti chiamati ad intervenire necessariamente nella formazione dell'atto, come gli arbitri e gli esperti nella materiale stesura del documento.

L'articolazione dei compiti affidati ai vicini non deve comunque essere enfatizzata al punto da negare gli evidenti aspetti comuni delle procedure disciplinate dalle due *constitutiones*, poiché anche per le compravendite è sicuramente avvertibile l'esigenza di socializzazione delle formalità negoziali.

Costantino, l'abbiamo visto, ribadisce con sovrabbondanza di espressioni l'utilità della *probatio* del venditore «*idoneus luce veritatis, fidei testimonio publica voce sub clamationibus populi*»⁴⁸. Con pari enfasi affida il compratore alle *testationes vicinorum*.

In ogni caso, le formalità prima indicate non avrebbero avuto alcuna possibilità di essere attuate se non avessero trovato riscontro nella capacità del vicinato di portare elementi utili su cui fondare l'affidamento del legislatore. Le soluzioni adottate presupponevano infatti il superamento delle riserve e sospetti suscitati dalle complicità che si intrecciavano tra confinanti – che potevano inquinare la genuinità delle *testationes* e pregiudicare la trasparenza dei trasferimenti – e che nessuna autocrazia poteva controllare. Il «potere» mostrava di conseguenza di nutrire aspettative solide nella *bona fides* della *vicinitas* e dava ad intendere – forse anche per l'influenza del Cristianesimo – di voler valorizzare l'ideologia comunitaria a prevalente intonazione solidaristica costituente il carattere distintivo del vicinato antico e che aveva informato numerosi ed antichi istituti giuridici romani⁴⁹.

⁴⁸ Per P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 116 s. la funzione dei vicini è duplice: essere testimoni ma anche garanti del diritto di proprietà del venditore. Ma alla garanzia mancherebbe il requisito fondamentale della responsabilità: i vicini presterebbero quella garanzia di fatto che dà la voce pubblica, non dunque una vera ed autentica prova della proprietà. La tesi, elegante, non tiene nel debito conto del ruolo, socialmente cogente, giocato dalla *vicinitas*, anche se il Voci riconosce che la *probatio* dei vicini – nel significato di approvazione – garantisce la sicurezza dell'acquisto della proprietà, e non riduttivamente della sola *possessio* o anche dei meri confini del fondo.

⁴⁹ Per una sintesi dei problemi ed una ricognizione bibliografica si veda il nostro *Iura vicinitatis* cit. *passim*.

10. La recezione delle riforme costantiniane nella legislazione fu attuata fino al Codice Teodosiano, come abbiamo rilevato, influenzando altresì le fonti derivate⁵⁰.

Ma già Valentiniano III, in una costituzione emanata tra gli anni 444 e 445⁵¹, dispose la sola registrazione pubblica nei registri delle curie per i contratti di alienazione di immobili come condizione della *firmitas contractus*, in un contesto normativo teso ad assicurare l'interesse fiscale dello Stato.

Nel Codice di Giustiniano, delle complesse disposizioni di Costantino in tema di vendita è riportata la sola parte in cui si impone con la *venditio* il trasferimento del carico fiscale. L'imperatore bizantino accoglie invece integralmente la *constitutio* del 319 che si limitava a colpire di nullità le convenzioni tendenti all'esclusione del carico fiscale dalle vendite, confermando invece il vincolo di solidarietà tra compratore e venditore per il pagamento del *census*:

CI. 4.47.2. *Imp. Constantinus A. ad Antonium Marcellinum praesidem*: Rei annonariae emolumenta tractantes cognovimus hanc esse causam maxime reliquorum, quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac condicione fundos comparant, ut nec reliqua eorum fisco inferant et immunes eos possideant. Ideoque placuit, ut, si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum atque hac lege possessionem esse mercatum, tam pro solidi censibus fundi comparati quam pro reliquis universis

⁵⁰ Sulla complessa sistematica delle fonti giuridiche nel IV e V secolo, cfr. G.G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo*, in *Giustiniano Legislatore* (Bologna 1970) 11 ss.

⁵¹ Nov. 15.3: *Omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat, ea ratione prospicimus, ut gestis municipalibus immobilium rerum contractus constet initus, mobilium vero emissis pittaciis transigatur: et is, qui praepositus fuerit buic muneri, profiteatur se id, quod per hanc legem con pendiis publicis decretum est, consecutum, ita ut post annum securitatis amissae discussio minime requiratur*. Sulla Novella cfr. P. VOCI, *Tradizione, donazione* cit. 126 s. Valentiniano III introdusse un'imposta sulle vendite, il *siliquaticum* e per garantirne l'esazione impose l'*insinuatio apud acta municipalia* delle vendite immobiliari, essendo per quelle mobiliari sufficiente il rilascio di un *pittacium*, di una ricevuta dall'esattore.

eiusdem possessionis obnoxius teneatur, cum necesse sit eum qui comparat census rei comparatae agnoscere, nec licere cuidam rem sine censu comparare vel vendere. *D.k. Iul. Agrippinae Constantino A. v et Licinio C. cons.*

La redazione giustiniana della *constitutio*, che recepisce solo alcune delle prescrizioni di Costantino, segna la conclusione di un processo di trasformazione della prassi negoziale tardoclassica che, come ha mostrato il Levy, tende a conservare solo alcuni dei requisiti formali imposti nella costituzione originaria di Costantino.

L'*interpretatio* a CTh. 3.1.2, notoriamente rispecchiante le tendenze del quinto secolo d.C., riafferma il ruolo della *vicinitas* nelle *emptiones*, ma limitandolo alla *testatio* della tradizione materiale della *res*:

Interpretatio: Quicumque villam conparat, tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis se conparasse cognoscat, quia non licet nulli agrum sine tributo vel solutione fiscali aut conparare aut vendere. Quod si subpressa fiscali solutione aliquis vendere ausus fuerit vel conparare praesumpserit, noverint inter quos talis fuerit secreta transactione contractus, quod et ille pretium perdat qui emptor accesserit et venditor possessionem amittat, quia iubetur, ut vicini rei quae venditur testes esse debeant et praesentes, in tantum, ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat, et sic conparari, ne aliena vendantur.

Nella *interpretatio* è molto chiaro il riferimento ai *vicini* come a coloro che sono *vicini rei quae venditur*, come tali *testes et praesentes* alle operazioni di vendita⁵².

Recupera la disciplina costantiniana l'Editto di Teodorico:

Ed.Th. 53: De traditione vero quam semper in locis secundum leges fieri necesse est, si magistratus, defensor, aut duumviri quinquennales forte defuerint, ad conficienda introductionum gestas sufficiant curiales: dummodo vicinis scientibus impleatur corporalis introductionis effectus.

⁵² Cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione* cit. 453 nt. 17; ID., *La pretesa pubblicità* cit. 250 s. e nt. 206.

Nell'*Edictum Theodorici* la pubblicità dei *gesta traditionis* è assicurata dalla presenza di un magistrato, essendo affidata alla conoscenza dei vicini (*vicinis scientibus*) la memoria della *corporalis introductio*.

La *Lex Romana Burgundionum* riproduce invece le sole disposizioni di carattere più direttamente fiscale:

L.R.B. 40. *Sine censu vel reliquis comparare nihil posse*: Omnes agnuscant, agros se comparare non posse, si eorum census non statim, cum possessionem ingressi fuerint, susceperint dissolvendum. Quod si probatur, a vinditionis tempore soluti tributis reliquas emptor exsolvat, et tributum praesenti deligatione suscipiat. Quod si factum non fuerit, et vinditor et emptor poenam legis, quae de hoc titulo Theodosiani, continetur, suscipiat.

Il requisito della presenza dei vicini, non menzionato nel Codice giustiniano per le vendite e già non imposto nella novella di Valentiniano III, di cui abbiamo fatto sopra menzione⁵³, è richiesto nell'Editto di Teodorico ai soli fini dell'attestazione della regolare immisione nel possesso di immobili, nonché nella prassi provinciale attestata nelle *formae* dei prefetti del pretorio⁵⁴, che integravano per le prefetture la legislazione imperiale.

Nel campo delle donazioni, del complesso sistema di formalità prescritto da Costantino, sopravvivono l'obbligo della redazione del documento scritto con l'*insinuatio apud acta* e la necessità della *traditio* della *res donata* per ottenere la *perfectio* dell'atto⁵⁵, ma si attenua la parte assegnata alla *vicinitas*.

Infatti una costituzione di Zenone, del 478, espressamente dichiara non necessario *testes adhibere vicinos*, essendo sufficiente, per la validità della *donatio*, la sola *insinuatio*:

CI. 8.53.31. *Imp. Zeno A. Sebastiano pp.*: In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere: nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant. Verum et alias donationes, quas

⁵³ Nov. *Valent.* 15.

⁵⁴ Cfr. le fonti citate in F. GALLO, *La pretesa pubblicità* cit. 250 s. e nt. 206.

⁵⁵ Sugli esiti delle riforme costantiniane, v. diffusamente P. VOGLI, *Tradizione, donazione* cit. 127 ss.

gestis non est necessarium adlegari, si forte per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere praecipimus, ita tamen, si ipse donator vel alius voluntate eius secundum solitam observationem subscripserit; donationibus, quae sine scriptis conficiuntur, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem Theodosii et Valentiniani ad Hierium praefectum praetorio promulgatam. *D. k. Mart. Constantinopoli Ello vc. cons.* (a. 478).

Il provvedimento è molto esplicito sulle ragioni dell'esclusione; la testimonianza dei vicini o di altri non è necessaria, poiché sul *privatum testimonium* prevale, anzi *sufficit* il *publicum monumentum*. Tutta la costituzione è influenzata dalla sfiducia per la testimonianza orale e privata, svalutata a favore dello scritto sia nella forma del documento pubblico che dell'*instrumentum* privato.

Nello stesso *Codex Iustinianus*, il testo della costituzione di Costantino in tema di donazioni non fa più menzione dell'intervento dei vicini; è prescritta la sola redazione dell'atto scritto e la sua *insinuatio apud acta*:

CI. 8.53.25. *Imp. Constantinus A. ad Maximum p.u.*: Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognitiss vel recipiantur, si complacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae. In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed ut tabulae aut quodcumque aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo quem sors ministraverit perscribatur: actis etiam adnectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant. *D. III non. Febr. Romae Sabino et Rufino cons.* (a. 316).

Il provvedimento di Zenone ha rappresentato il momento conclusivo del processo di decadimento della presenza della *vicinitas* nelle formalità della donazione, peraltro segnalato anche dalla *Interpretatio* a CTh. 8.12.1, la costituzione del teodosiano che sintetizza il lungo rescritto costantiniano *de donationibus*:

IT. 8.12.1: ... In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius cui donatur: deinde res quae donantur sive in agris sive in mancipiis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice, non privatim vel secrete, sed ut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si litteras novit donator, ipse subscribat: si vero ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem et gestorum sollemnitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta vero donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt.

Non sono più i vicini ad assistere il donante: egli invece può scegliere a suo piacimento *plurimi praesentes* che sottoscrivano l'atto per lui nel caso *litteras ignoret*; allo stesso modo, sono i *plurimi praesentes* ad attestare la *corporalis traditio*.

Muta l'estrazione e la composizione del gruppo dei *testes* e muta la funzione loro affidata. Costantino aveva per la donazione tentato di riscoprire l'antica importanza della *vicinitas*, assegnandole non la marginale *testatio* di procedure svolte da terzi, ma facendone l'*auctor* delle dichiarazioni dei suoi membri e garante della *publica fides*. Nel disegno costantiniano i *vicini*, anche nell'*emptio venditio*, assumono un ruolo complesso, essendo asseveratori della *probatio proprietatis* fornita dal venditore, ma anche pubblici annunziatori della vendita, cui implicitamente prestavano consenso.

In entrambi i casi dispiegano la loro influenza le dinamiche interne del gruppo dei finitimi, con le oggettive solidarietà considerate socialmente utili dal legislatore.

La positività dei valori di attestazione generati dalla *vicinitas* non venne però più raccolta: nelle fonti tardoclassiche i vicini divennero i *testes* e come tali fungibili con i *plurimi praesentes* della *Interpretatio* al Codice Teodosiano. E solo nelle aree marginali, nelle prefetture periferiche, nei regni romano barbarici – in cui i localismi e l'assenza di una struttura amministrativa efficiente consentivano supplenze alle prati-

che privatistiche – residua ai vicini un ruolo di testimonianza della *corporalis traditio*.

Nelle autocrazie tardoimperiali i gruppi sociali di base, le comunità intermedie non potevano pretendere ruoli significativi, poiché esisteva un pubblico potere, connotato da forti elementi accentratori.

Zenone prende atto della realtà quando dichiara sufficiente che il pubblico ufficiale attesti l'autenticità e la certezza dell'atto di donazione, in quanto il *privatum testimonium* deperisce rispetto ai *publica monumenta*.

La *vicinitas* non è più un valore sociale utile per la collettività, ma è invece referente di interessi privatistici subalterni.

IV

OSSERVAZIONI IN TEMA DI PUBBLICITÀ, «VICINITAS» E COMUNITÀ

1. *Strumenti di pubblicità della circolazione degli immobili nell'ordinamento romano: il ruolo della «vicinitas».* – È stato sostenuto¹ che «la storia dell'esperienza giuridica attesta una costante ed univoca correlazione fra strumenti di pubblicità della circolazione dei beni immobili ed interessi fiscali». In realtà, come ci accingiamo a vedere, l'esigenza di dare adeguata pubblicità ai trasferimenti immobiliari si intreccia certamente con quella di assicurare il gettito fiscale ma anche con quella concernente i requisiti di validità formale degli atti alienazione.

In tale prospettiva, per un lungo periodo di tempo, un ruolo essenziale fu attribuito ai vicini di colui che trasferiva ad altri una *res*. Con la riforma costantiniana dei primi decenni del IV sec. d.C., invero l'amministrazione imperiale tentò di porre in essere un sistema uniforme di pubblicità, idoneo al contempo a soddisfare le esigenze di sicurezza dei traffici giuridici e le aspettative fiscali. Venne così adottato un nuovo modello di pubblicità, la *demonstratio proprietatis vicinis*

¹ P. CERAMI, *Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare*, in *Atti del congresso «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica» II* (Milano 1991) [ora in *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, in *AUPA*. 43 (1995) 263 ss.]. In tal senso già P. BONFANTE, *Corso di diritto romano II. La proprietà* (rist. a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, Milano 1968) 252. Anche per la civilistica moderna, cfr. per tutti S. PULIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato dir. civ. e comm.* (dir. A. Cicu, F. Messineo) XIV/1 (Milano 1957) 65: «Il primo impulso verso l'organizzazione che costituisce il presupposto di qualsiasi sistema pubblicitario è dato dalla necessità di natura fiscale».

praesentibus, in base al quale la funzione pubblicitaria si inseriva in una nuova disciplina del trasferimento della proprietà fondiaria: si trattava, in sostanza, di recuperare un'antica istituzione augustea, il *census*, organizzato e periodicamente aggiornato sulla base delle *professiones censuales*.

Il regime della *demonstratio* ci è illustrato nel dettaglio da Frg. Vat. 35² ove si riporta una complessa ed articolata *lex generalis* dell'im-

² *Augg. et Caess. 1. Nulla verecundiae vel quietis mora vel quolibet intervallo cunctandi passim nunc singuli, modo populi proruentes nostros in obtutus sic uniformes querellas isdem fere sermocinationibus volutarunt, ut nec interpellantium credulitati valeret occurri nec allegationum qualitas disparari, parens carissime atque amantissime nobis. Pari siquidem exemplo vociferationibus consertis multitudines memorarunt non iuste res suas esse divenditas, aliis possidentibus se fiscalia luere, frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt. 2. His sumus valde permoti, verentes ne alicuius calliditibus aversabili emolumento persuasi res suas venderent sine censu ac post subsidia nostrae mansuetudinis precarentur, itaque versutis calliditatis commenta miscentibus, dum insidiarum fallentium non suspicamur arcana, pro innocentiae nostrae natura ceteros aestimantes, detrimento census nocentes levaremus. 3. Has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus, et idcirco iustae providentiae consulta deliberatione sancimus, ut omnino qui comparat rei comparatae ius cognoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut si aliquid sine censu venierit et post ab aliquo deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat. 4. Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet adfectare et accedere, nisi eo tempore, qua inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur: usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. 5. Hinc etenim iurgia multa nascuntur; hinc proprietatis iura temerantur, hinc dominiis vetustissimis molestia comparatur, cum caecitate praepropera et rei inquisitione neglecta, luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata domini, iuris ratione postposita ad rei comparisonem accedunt. Omissis omnibus dissimulatis atque negtectis id properant atque festinant, ut quoque [quoquo?] modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur: cum longe sit melius, sicuti diximus, ut luce veritatis, fidei testimonio publica voce, sub clamorationibus populi idoneus venditor adprobetur, qua sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat. 6. Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione dissimulet; quem sic oporteat agere, ut nec illud debeat requiri quod ex iure dicitur: 'si a domino res vendita sit'. 7. Ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. Cui legi deinceps cuncti parere debebunt, ut omnia diligenti circumspectione*

peratore Costantino, databile intorno al 323, che ha attratto l'attenzione degli studiosi per il suo carattere di innovatività³.

quaesita per universas successiones tuto decurrant neque aliquem ex inprovidentia casum malignae captionis horrescant. D. IIII kal. Sept. a Praefecto Praetorio ad Correctorem Picensi Aquileia. Acc. XIII kal. Oct. Albae Constantino Aug. III. cons. Cfr. traduzione di P. CERAMI, *Pubblicità* cit. 270 s. Si veda anche la traduzione di M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo* (Bari 1998) 208 ss.

³ La costituzione in esame presenta alcuni problemi, ancora non del tutto chiariti, di datazione, di attribuzione e di contenuto. Dei problemi di datazione se ne occupò per primo TH. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani* III (Berolini 1890) 39 che identificò Frg. Vat. 35 con CTh. 3.1.2 considerando quest'ultimo come un riassunto del più ampio testo originale: su tale assunto egli scarta la data del 313 indicata nella *subscriptio* di Frg. Vat. 35 e attribuisce al provvedimento la data del 337 che si ricava dalla *subscriptio* del secondo. Per K.F.C. WENCK, *Codicis Theodosiani libri quinque priores* (Leipzig 1825) 153, pare che Costantino avesse emanato la legge del 313 per l'occidente e l'avesse poi estesa nel 337 all'Oriente. Su quest'ultima scia si è posto M. SARGENTI, *Contributo ai problemi della palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali (Vat. Fr. 35 e CTh. 3.1.2)*, in *AARC*. V (Perugia 1983) 311 ss., che però suppone l'esistenza di una duplicità di testi; Licinio sarebbe stato l'autore nel 313 di una legge per l'Oriente, accolta da Costantino in Occidente e poi estesa all'Oriente *ex novo* con qualche modifica nel 337. Per O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919, rist. 1964) 191, la costituzione del 337 è di Costantino, mentre Costanzo, nel 342, l'avrebbe solo riproposta: tale ultimo testo sarebbe stato quello accolto in Frg. Vat. 35. Da ultimo sulla questione P. VOGLI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *Iura* 38 (1987) 110 ss., esclude la duplicità formale del documento e ritiene che «la legge è una sola, ed è di Costantino. Sia che il testo vaticano appartenga a Costantino, o sia stato soltanto recepito da lui, non si vede il motivo di una seconda pubblicazione: Costantino estese le sue leggi all'Occidente con provvedimento generale, e non era quindi necessaria un'estensione specifica». E soggiunge che il testo vaticano è sicuramente posteriore a CTh. 11.3.1 del 313 e CTh. 11.3.2 del 327 in quanto introduce un regime che quelle ancora non conoscono: pertanto resta come ipotesi più verosimile che esso appartenga al 337. Resta però da capire perché si sarebbe dovuta falsificare la data di Frg. Vat. 35: peraltro, come ha osservato M. D. FILIPPI, *Fragmenta vaticana* cit. 189, vi è notevole diversità di tecnica legislativa tra i tre testi normativi. Frg. Vat. 35, come ha notato M. SARGENTI, *La compravendita nel tardo diritto romano, indirizzi normativi e realtà sociale (Contributo all'interpretazione di Vat. Fr. 35)*, in *Studi in onore di A. Biscardi* II (Milano 1982), 287, è un testo emblematico in quanto è uno dei pochi provvedimenti normativi di cui conosciamo la motivazione, i presupposti, gli scopi: esso si caratterizza come un provvedimento generale con cui l'imperatore Costantino si fa interprete e garante delle istanze e delle pressioni della popolazione. Negli altri due la tecnica è più moderata e si ribadisce ancora una volta l'invalidità dei patti di esonero del comprato-

La seconda parte di Frg. Vat. 35, in particolare, riguarda la prova che il venditore deve dare circa la proprietà della cosa⁴. A tale riguardo, la disciplina costantiniana appare assai rilevante in quanto affida ai vicini il controllo sociale dei trasferimenti della proprietà, a garanzia dell'interesse pubblico e dei terzi, come si legge, in particolare, in

Frg. Vat. 35.6: Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione dissimulet; quem sic oporteat agere, ut nec illud debeat requiri quod ex iure dicitur: 'si a domino res vendita sit'.

Esigenze di certezza e stabilità indussero l'imperatore Costantino a recuperare un modello tradizionale di regolamentazione dei rapporti risalente all'età delle dodici tavole: le normative collegate alla *vicinitas*, infatti, sono nell'esperienza romana rapportabili, in linea di massima, a concezioni comunitarie anche quando traggono origine da esigenze oggettive. Si tratta certamente di una legislazione originale che rappresenta un fattore di discontinuità nell'evoluzione del sistema tardo-classico: nel terzo secolo d.C., infatti, la *vicinitas* subisce una forte riduzione di ruolo, estenuandosi nella contiguità fisica e necessaria, più che essere la matrice di normative ispirate da visioni solidaristiche.

re dall'obbligo tributario. Va notato, inoltre, che nel Teodosiano le due costituzioni sono riportate nel Libro XI, sotto il titolo *Sine censu vel reliquis fundum comparari non posse*, mentre la costituzione più radicale riportata anche in Frg. Vat. 35 è stata collocata in CTh. 3.1.2, nel titolo *De contrahenda emptione*. Questo sembrerebbe un chiaro indizio che le costituzioni furono emanate in momenti e per esigenze diversi: in particolare, il compilatore dei *Vaticana* è interessato precipuamente dalla nullità dei patti di esonero del compratore dall'obbligo tributario, fino a quel momento consentiti. Anche per Giustiniano solo questo sarà il punto importante: i compilatori del suo codice, infatti, nella frase finale *nec licere cuidam rem sine censu vel comparare vel vendere*, estratta da CTh. 3.1.2, riassumono in termini generali il principio che tecnicamente attuavano con la nullità dei patti contrari.

⁴ C. DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA*. 2 (1955) 239, riprendendo e sviluppando le osservazioni già formulate dal Gotofredo, pone in rilievo la duplice finalità della disciplina imperiale, sottolineando la sostanziale indipendenza, di ispirazione e di contenuto, della norma che impone al venditore la prova della proprietà della cosa da quella che vieta la vendita *sine censu*.

Costantino cerca, dunque, di recuperare la complessità del ruolo della *vicinitas*, ma il suo tentativo resterà isolato⁵. L'imperatore, infatti, nel 323, opera un radicale sovvertimento dei principi classici in materia di donazione, anche se formalmente ad essi si richiama; l'obiettivo è, al contempo, quello di assicurare la riscossione delle imposte e di perseguire l'esigenza di dare certezza alle situazioni dominicali. A tale ultimo riguardo, infatti, la pubblicità degli atti di trasferimento garantisce la trasparenza del commercio giuridico e dunque il suo controllo da parte di un'organizzazione statale fortemente accentrata, assillata dalle necessità di sicurezza sia interne che esterne, tendenzialmente ostile nei confronti delle manifestazioni di autonomia dei privati: fu per questo motivo, perciò, che si tentò di recuperare antiche forme di partecipazione dei gruppi sociali elementari quali appunto il vicinato, che erano state la tangibile manifestazione della solidarietà, ma in una funzione parzialmente diversa, vale a dire quella del sindacato sociale e della pubblicità necessaria.

L'imperatore, al fine di rimuovere le cause della litigiosità fomentata dall'equivocità delle clausole dei negozi giuridici adattati alla *causa donandi*, detta una precisa disciplina della forma dell'atto di donazione, prescrivendo la redazione di un atto scritto, con un contenuto predeterminato, nonché la *traditio* della *res advocata vicinitate omnibusque arbitris* e, infine, il deposito dell'atto di donazione presso un ufficio pubblico⁶. Alla redazione scritta seguiva, dunque, la *traditio rei donatae* che doveva svolgersi alla presenza delle due parti, di vicini ed arbitri e di molti altri, *quorum post fide uti liceat*. Scopo dell'*insinuatio apud acta praesidis* oppure *apud acta* dei magistrati municipali è, palesemente,

⁵ Per approfondimenti sia consentito il rinvio a A. PALMA, *Donazione e vendita advocata vicinitate*, in *Index* 20 (1992) 477 ss.

⁶ In particolare, per quanto concerne la scrittura, si impone al notaio di indicare precipuamente il nome del donante, la *res* e il diritto oggetto di trasferimento. L'atto doveva essere redatto in due esemplari attraverso un ufficiale rogante (*neque acculto aut per imperitos aut privatim*). Tuttavia, le *tabulae donationis* potevano essere redatte anche dal donante o da suoi incaricati, alla presenza di testimoni e con la descrizione di persone e cose come richiesta dalla legge. Si intendeva impedire così che si attuassero clandestinamente donazioni multiple della stessa *res*, vendite successive a donazioni già effettuate, o comunque atti che provocassero l'insorgere di conflitti tra più aspiranti alla titolarità del medesimo bene.

quello di garantire la conoscenza del negozio appena compiuto e così impedire errori ed inganni per la malafede di altri⁷.

⁷ Una versione più sintetica della costituzione è raccolta in CTh. 8.12.1 [= Brev. 8.5.1]. *Imp. Constantinus A. ad Maximum p. U. Donatio, sive directa sin, sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa, sive ex aliquo notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis, quannum ius sinit, cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut, quas leges indulgent, actiones, conditiones pactionesque contineat, hisque penitus cognitis vel recipiantur si conplacitae sunt, vel reiciantur, si sunt molestae; ita ut minorum defensores, si per eos donationum condicio neglecta est, rei amissae periculum praestent. 1. In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut per imperitos aut privatim, sed ut tabulae, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo, quem sors ministraverit scientibus plurimis perscribatur. 2. Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim adque inruptionem advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam adnectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt. Dat. III. non. Febr. Roma, Sabino et Rufino cons. Interpretatio. Donatio aut directa est aut mortis causa conscribitur Donatio directa est, ubi in praesenti res donata traditur. Mortis causa donatio est, ubi donator, dum advivit, rem, quam donat, sibi reservat, scribens: si prius mortuus fuero quam tu, res mea ad te perveniat, ut postea ad illum, cui donat, non ad heredes donantis res donata perveniat. Quod si prius moriatur, cui res mortis causa donata est, res in iure permaneat donatoris. Est et alia donatio, ubi donator obligat illum, cui donat, ut aliquid faciat aut non faciat, id est, si aliquid iubeat fieri, quod impossibile iudicetur, aut quod honestati contrarium videatur; aia si id ordinet fieri, quod honestum est et possit impleri. quia tunc infirmatur donatio, quando condiciones honestae et possibiles inpletae non fuerint. Nam si inhonestae et impossibiles condiciones ponantur, remotis condicionibus firma donatio est. Est item et alia, in qua sibi donator certum tempus possessionis reservat. Quae tamen omnes donationes superius comprehensae si modum excesserint lege conscriptum, unde possint certae personae de inmodica donatione proponere, hoc est si quartam sibi facultatis suae donator non reservaverit, non valebunt. Sed praeterea illa donatio contra legem est, si quis rem in lite positam, quae repetitur, aut directo ordine donet aut condicionem contra bonos mores, hoc est causam cuiuslibet criminis, donator in donatione conscribat. Minoribus vero si quid fuerit per donationem a quocumque oblatum sive conlatum, tutores vel curatores eorum debent studere, ne quid firmitati donationis desit. Quod si eorum negligentia donatio ad effectum perducta non fuerit, ad eorum dispendium pertinebit, ita ut quidquid minores de donatione perdiderint, tutores vel curatores illis de propria facultate restituant. In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius, cui donatur; deinde res, quae donantur, sive in agris sive in mancipiis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice. non privatim vel secrete, sed ut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si litteras novit donator, ipse subscribat si vero*

In particolare, in Frg. Vat. 249.6 si dispone che:

Tabulae itaque, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo quem fors sumministraverit scientibus plurimis perscribantur eaeque, ut supra comprehensum est, rebus nominibus personisque distinctae sint; ac tum corporalis traditio (in quam saepe multi talia simulando inrepentes aut vi corpora capientes sollemne illud ius ac voluntarium inconcessa usurpatione praeripiunt) ea igitur ipsa rerum traditio praesentium, advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, convento plurimorum celebrerur.

I vicini dunque fungono da testimoni ed asseveratori della *perscriptio*; nell'*interpretatio*, invece, che registra la prassi formatasi nel V secolo, i *plurimi praesentes* possono sottoscrivere l'atto per il donante in virtù di una sua *electio*, mentre sembra escluso ogni intervento del donatario. La celebrazione della *traditio* avviene dunque: *conventio plurimorum*, ed è seguita dall'*insinuatio* dell'*instrumentum apud iudicem vel magistratus*. La *ratio* di tale disposizione è efficacemente illustrata da Frg. Vat. 249.7⁸: la precarietà della testimonianza assicurata dalla *conventio plurimorum* richiede, infatti, la conferma dell'atto attraverso il pubblico deposito.

Dunque, agendo sulla forma, Costantino tipicizza la *causa donandi*, rendendola un negozio giuridico a forma rigida e ciò al preci-

ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem gesto rum sollemnitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia a donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri, non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta vero donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt. L'*interpretatio*, in particolare, pone l'accento sulla pubblicità da assicurare nella redazione della *scriptura*: la *donatio* si trasfonde in un atto pubblico, inteso non solo nel senso di atto redatto da un pubblico ufficiale, ma anche in quello di documento pubblicamente annunziato, con la forte sottolineatura della necessità di rendere note alla collettività le intenzioni individuali, come è reso evidente dal tratto *nominatim-donatio*. *Amplius* cfr. A. PALMA, *Donazione e vendita* cit. 489.

⁸ *Non enim aliter vacua iure dantis res erit, quam ea vel eius voluntate, si est mobilis, tradatur, vel abscessu sui, si domus aut fundus aut quid eiusdem generis erit, sedem novo domino patefecerit. Quae omnia consignare actis iudicis praestat, ut res multorum mentibus oculis auribus testata nullum effugiat, cuius aut scientiam capiat aut dissimulationem tegat.*

puo scopo di rafforzarne in particolare l'apparato probatorio. L'effettività della *donatio* è garantita dalla pubblicità del procedimento: la convocazione della *vicinitas* sanziona collettivamente la serietà delle intenzioni del donante e rafforza gli strumenti di prova tutelando il destinatario della liberalità ed allo stesso tempo garantendo la certezza della circolazione dei beni. L'intervento dei vicini non è funzionalmente limitato, dunque, alla mera attestazione dell'effettività della *traditio*; il sistema costantiniano, rievocando forme antiche di pubblicità, tendeva, invero, in ordine ai beni immobili alla realizzazione del principio della continuità della pubblicità: la *testatio* dell'effettività della *traditio* affidava, infatti, ai vicini il ricordo dell'atto compiuto e consentiva lo stesso accertamento, in caso a necessità, per il futuro.

Nel 337 Costantino statui che anche i contratti di compravendita immobiliare dovessero essere conclusi alla presenza dei vicini: al momento della *sollemnis explicatio*, vale a dire della redazione del documento scritto di vendita, doveva infatti essere fornita dal venditore la prova certa e vera della proprietà *vicinis praesentibus*. I vicini, in quanto consapevoli della realtà di fatto, erano chiamati, dunque, a garantire l'effettività delle situazioni dominicali: in altri termini, la stabilità delle situazioni proprietarie veniva garantita attraverso un rafforzamento della pubblicità.

In tale prospettiva, Frg. Vat. 35.5-7 è appunto un'elencazione dei vantaggi discendenti dalla redazione pubblica dell'atto: l'asseverazione dei vicini in ordine alla titolarità in capo al *venditor* della proprietà della *res* alienata garantisce la regolarità della vendita e la *quies* dei successivi trasferimenti. Il venditore deve avere l'approvazione della *vicinitas* in quanto gruppo sociale di riferimento, nella forma della tradizionale prestazione di *auctoritas*, che sostenga le sue dichiarazioni; l'*emptor*, invece, richiede ai vicini la mera testimonianza circa la fondatezza delle affermazioni del *dante causa*, ma anche la rassicurazione sulla continuità dei trasferimenti e quindi sulla sicurezza dell'acquisto⁹.

Dunque, mentre in materia di donazioni Costantino, al fine di controllare gli atti di liberalità, ne definisce il contenuto minimo e tipico, trasformando la donazione da mera *causa donandi* a negozio con forme rigorosamente stabilite, in Frg. Vat. 35 l'imperatore regola le vendite introducendo un requisito di pubblicità, volto al contempo a reprimere abusi fiscali e garantire la sicurezza del traffico giuridico.

⁹ Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. PALMA, *Donazione e vendita* cit. 489.

Come ha giustamente osservato il Gallo¹⁰, l'imperatore in tal modo non persegue solo obiettivi di natura fiscale, ma intende soprattutto porre rimedio alle incertezze e confusioni nella materia dei trasferimenti immobiliari, fornendo agli acquirenti, attraverso l'interrogazione dei vicini, gli strumenti di accertamento delle situazioni dominicali.

Se dunque i vicini nella compravendita si limitavano alla testimonianza circa la proprietà del venditore, nella donazione assistevamo al compimento della *traditio*, costituendo con il loro intervento i mezzi di prova della *perfectio* del contratto. In definitiva, mentre nella *donatio* la pubblicità era assicurata dall'*insinuatio apud acta*, nell'*emptio venditio* essa era assicurata dalla partecipazione dei vicini alle compravendite di fondi rustici, infatti, questi ultimi, quali *confines* della *res vendita*, erano i soli in grado di attestare la continuità delle vendite e la reale pertinenza delle proprietà; nelle donazioni, la cui riforma aveva carattere generale – e dunque non limitata ai fondi rustici – il *vicinus advocatus* era il *propinquus* del donante in grado di attestare le valide ragioni della liberalità e la serietà delle intenzioni del suo autore. Evidentemente, la fiducia riposta nei vicini era dovuta all'intento di valorizzare, forse anche per l'influenza del Cristianesimo, l'ideologia comunitaria ad intonazione solidaristica costituente il carattere distintivo del vicinato antico.

L'assenza di esplicite sanzioni per quei vicini che eventualmente si fossero rifiutati di prestare la loro collaborazione è, del resto, indizio di una persistente vincolatività, a livello etico e sociale, del rapporto di vicinato che dunque mantiene tutta la sua vitalità basata su un intreccio solidaristico. Peraltro, non va trascurato che i vicini erano indotti a presenziare ai negozi di trasferimento anche perché, con la loro presenza, in qualche modo vagliavano la modificazione del gruppo che si sarebbe verificata per effetto del mutamento di titolarità del bene trasferito¹¹.

Il sistema prescritto con la riforma di Costantino cessò, tuttavia, di avere vigenza nel 444-445, quando una costituzione di Valentiniano III (Nov. Valent. 15.3), in un contesto teso a privilegiare l'interesse fiscale dello Stato, impose per i contratti di alienazione di immobili, come unica condizione della *firmitas* dei medesimi, la registrazione pubblica nei registri delle curie. L'*interpretatio* a CTh. 3.1.2 che, come è noto, rispec-

¹⁰ F. GALLO, *Per l'interpretazione di Vat. 35*, in *Studi in onore di E. Betti II* (Milano 1962) 468 ss.

¹¹ *Amplius* A. PALMA, *Donazione e vendita* cit. 496 s.

chia le tendenze del quinto secolo d.C., riafferma il ruolo della *vicinitas* nelle *emptiones*, ma limitandolo alla *testatio* della tradizione materiale della *res*. Anche l'Editto di Teodorico (ET. 53) affida alla conoscenza dei vicini la memoria della *corporalis traditio*: tuttavia, il requisito della presenza dei vicini non menzionato nel Codice giustiniano e già non più imposto nella predetta Novella di Valentiniano III, è richiesto nell'Editto di Teodorico ai soli fini dell'attestazione della regolare immisione nel possesso di immobili, nonché nella prassi provinciale attestata nelle *formae* dei prefetti del pretorio che, come è noto, integravano per le prefetture la legislazione imperiale.

Infine, una costituzione di Zenone del 478 (C. 8.53.31) giunse a dichiarare espressamente non più necessario *adhibere testes vicinus* essendo sufficiente, per la validità della *donatio*, la semplice *insinuatio apud acta*:

Imp. Zeno A. Sebastiano pp.: In donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium iudicamus vicinos vel alios testes adhibere: nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficiant. 1. Verum et alias donationes, quas gestis non est necessarium adlegari, si forte per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere praecipimus, ita tamen. si ipse donator vel alius voluntate eius secundum solitam observationem subscripserit: donationibus, quae sine scriptis conficiuntur, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem Theodosii et Valentiniani ad Hierum praefectum praetorio promulgatam. *D. k. Mart. Constantinopoli Ello vc. cons.* [a. 478].

L'imperatore Zenone è esplicito circa le cause dell'esclusione: sul *privatum testimonium* prevale, anzi *sufficit*, il *publicum monumentum*; la testimonianza orale, vista con sfiducia, viene svalutata a favore dello scritto sia nella forma del documento pubblico che dell'*instrumentum privatum*. Anche il *Codex* (C. 8.53.25)¹² non fa più menzione dell'in-

¹² *Imp. Constantinus A. ad Maximum pu.* Donatio, sive directa sit sive mortis causa instituta, sive condicionibus faciendi ac non faciendi suspensa sive ex aliquam notato tempore promissa, sive animo dantium accipientiumve sententiis quantum ius sinit cognominata, sub hac fieri debet observatione, ut quas leges indulgent actiones condiciones pactionesque contineat, hisque penitus cognitis vel recipiantur, si complacita sunt, vel reiciantur, si sunt molestae. 1. In conscribendis, autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut privatim, sed ut tabulae aut quodcumque

tervento dei vicini bastando lo scritto e la sua *insinuatio apud acta*. Lo stesso decadimento della *vicinitas* si riscontra nell'*interpretatio* a CTh. 8.12.1: non sono più i vicini ad assistere necessariamente il donante, il quale, infatti, può scegliere a suo piacimento *plurimi praesentes* che firmino per lui, se analfabeta, ovvero attestino la *corporalis traditio*.

2. *Forme comunitarie di pubblicità del matrimonio ed il loro superamento*. – L'esigenza di notorietà, si manifesta, oltre che per i rapporti patrimoniali, anche in riferimento alle vicende ed agli eventi che condizionano significativamente l'esistenza di una persona o ne influenzano il modo di essere e di esplicarsi: nascita, morte, matrimonio e altri fatti costitutivi di rapporti personali socialmente rilevanti, devono essere resi conoscibili agli altri consociati in quanto producono riflessi rispetto ad essi. Si tratta, in altri termini, di individuare e rendere conoscibile lo *status* di una persona, cioè appunto la posizione che essa assume nell'ambito della comunità statale e del nucleo familiare di appartenenza¹³.

Nell'ordinamento giuridico romano, per quanto concerne le persone, è possibile distinguere tra una pubblicità *lato sensu*, attuata attraverso l'adozione delle forme solenni degli atti, ed una che, cadute queste ultime in desuetudine, si concreta in meccanismi specificamente destinati a finalità pubblicitarie: con riferimento alla prima si può

aliud materiae tempus dabit vel ab ipso vel ab eo quero sors ministraverit perscribatur: actis esiam adnectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant. D. III non. Febr. Romae Sabino et Rufino cons. [a. 316].

¹³ Dopo essere stata per molti secoli appannaggio della Chiesa cattolica, la tenuta dei registri delle nascite, dei matrimoni, dei decessi solo in epoca relativamente recente è divenuto un servizio svolto dall'autorità statale. L'interesse dello Stato e quello dei cittadini hanno dunque portato gli ordinamenti giuridici moderni ad una organizzazione perfezionata del sistema di tenuta degli atti dello stato civile: tutti gli avvenimenti – fatti o atti di volontà – che riguardano lo stato delle persone formano oggetto di un processo verbale redatto da un pubblico ufficiale in guisa di constatazione personale; tali documenti vengono poi conservati in appositi registri tenuti da strutture pubbliche. Per un'ampia e documentata trattazione sullo stato civile nell'ordinamento vigente si rinvia, per tutti a G. FERRI, *Degli atti dello stato civile*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, sub artt. 449-455 (Bologna-Roma 1973) più di recente, si veda M.C. ANDRINI, *Gli atti dello stato civile*, in *Trattato di dir. priv. Rescigno IV/3* (Torino 1982) 887 ss. Sulla recente riforma dello stato civile si rinvia a P. STANZIONE (a cura di), *Il nuovo ordinamento dello stato civile* (Milano 2001).

riscontrare un'evidente finalità di rendere partecipe la collettività di alcuni eventi significativi dell'esistenza della persona nelle cerimonie, tipiche di tutti i popoli dell'antichità, che si svolgevano in pubblico o in privato, alla presenza dei parenti o degli appartenenti al medesimo gruppo (tribù, clan, *gens*, vicini), per la nascita, l'imposizione del nome, il raggiungimento della pubertà, le nozze, la morte¹⁴.

In particolare, il profilo pubblicitario si rileva chiaramente in relazione a tutte le tipiche obbiettivazioni sociali del *consensus* di cui si sostanzia il rapporto matrimoniale¹⁵. Al riguardo è stato esattamente

¹⁴ Ove si condivida l'assunto per il quale nella *mancipatio* e nella *in iure cessio*, specie per la presenza dei *testes*, possono rinvenirsi significativi spunti, se non addirittura il nucleo essenziale della pubblicità, appare possibile e coerente, con riferimento allo stato delle persone, riscontrare tale nucleo anche in diversi istituti classici che si avvalevano dei medesimi strumenti tecnici, quali l'*emancipatio*, l'*adrogatio*, la *manumissio*: cfr. a tale riguardo, in particolare, V. COLONI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare I. Epoca romana* (Roma 1954) 18 e E. WEISS, *Professio und Testatio nach der Lex Aelia Sentia und der Lex Papia Poppaea*, in *BIDR.* 51-52 (1948) 316. Orbene, anche se non vi sono testimonianze esplicite sul punto, è da ritenere assai probabile che i testimoni al compimento delle solennità sopra ricordate fossero attinti essenzialmente tra i vicini, e non solo in quanto essi erano sicuramente più facilmente reperibili all'occorrenza, ma anche perché, nell'ottica solidaristica che caratterizza le relazioni di vicinato nell'età più antica, gli eventi che riguardavano i membri di una comunità familiare erano di immediato ed evidente interesse in primo luogo per coloro che appartenevano ad un'altra *familia* stabilmente insediata in prossimità della prima: *amplius* cfr. A. PALMA, *Iura vicinitatis. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica* (Torino 1988) in part. 21 ss.

¹⁵ Secondo la dottrina tuttora prevalente la struttura giuridica del matrimonio romano graviterebbe intorno a due elementi della fattispecie aventi carattere intrinsecamente pubblicitario: la *deductio in domum*, necessaria per il nascere stesso del vincolo matrimoniale, e l'*honor matrimonii*, assunto come forma di esteriorizzazione dell'*affectio maritalis*, indispensabile per il permanere del rapporto di coniugio. Anche quegli autori che credono necessario per la costituzione del rapporto il solo *consensus*, senza che vi fosse bisogno di specifiche forme giuridiche essenziali ammettono che, nella realtà concreta, non mancassero «forme sociali che presiedevano con grande ricchezza ed estremo rigore, alla costituzione sociale del matrimonio, e alla determinazione dell'esistenza dell'unione legittima»: così R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustineaneo* (Milano 1951) 306. Del resto, il matrimonio, specie quello romano, è un *rapporto* sociale recepito e riconosciuto dal diritto sì che le forme sociali con le quali esso veniva posto in essere erano assunte dall'ordinamento giuridico almeno come indici del *consensus*, cioè dell'elemento certamente necessario sotto il profilo giuridico; lo stesso *honor matrimonii* può ritenersi

osservato che a fondare il rapporto di matrimonio non era sufficiente il semplice fatto materiale della convivenza, occorrendo la conoscenza dei vicini circa il fatto che la donna si trovasse nella casa dell'uomo *liberorum procreandorum causa*, come si deduce dalla costituzione di Probo in C. 5.4.9¹⁶:

Imp. Probus A. Fortunato: Si vicinis vel aliis scientibus uxorem liberorum procreandorum causa domi habuisti et ex eo matrimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulae neque ad natam filiam pertinentes factae sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptae filiae suam habet potestatem.

Più evidente, ovviamente, è il profilo pubblicitario nelle dichiarazioni pubbliche e formali, che avevano luogo nell'ipotesi di *iusiurandum de uxoribus*: si trattava di una dichiarazione giurata resa in occasione del censimento e, probabilmente trascritta nei registri censuali, con la quale si affermava che «*uxorem se liberum quaerundum gratia habiturum*»¹⁷; essa serviva, probabilmente, per i matrimoni *sine manu*, rispetto ai quali la ricognizione quinquennale serviva a distinguerli dalle unioni di mero fatto. Tale preoccupazione, chiaramente, non aveva motivo di essere per i matrimoni costituiti mediante la *confarreatio* o la *coemptio*, poiché l'iscrizione nelle liste censuali aveva luogo in virtù della normale dichiarazione del *paterfamilias*. Il *iusiurandum de uxoribus* non andò oltre l'età repubblicana: del resto, la funzione censoria, saltuariamente esercitata nel corso del primo secolo d.C., scomparve sotto Domiziano.

Analoga pubblicità era assicurata dalle *testationes*; secondo Gai 1.29:

Minores triginta annorum manumissi et Latini facti si uxores duxerint ... idque testati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus civibus Romanis puberibus, et filium procreaverint, cum

si come la generica obbiettivazione sociale dell'*affectio maritalis*, il che rivela tutta la sua importanza sotto il profilo della pubblicità, sia pure sociale, ove si consideri che l'*honor matrimonii* si realizza nell'ambiente in cui l'uomo abitualmente vive e nel quale fa entrare la donna, imponendola a titolo di legittima compagna.

¹⁶ R. ORESTANO, *La struttura* cit. 324.

¹⁷ L'esistenza e la formula del *iusiurandum de uxoribus* ci sono attestate da Cic. *De orat.* 2.260 e, più diffusamente, da Gell. 4.20.1-6.

is filius anniculus esse coeperit, datur eis potestas ... adire praetorem vel in provinciis praesidem provinciae, et adprobare se ex lege Aelia Sentia uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere; et si is apud quem causa probata est, id in esse pronuntiaverit, tunc et ipse Latinus et uxor eius ... cives Romani esse iubentur.

La *testatio*, quale dichiarazione resa davanti ai testimoni dell'intenzione di dare vita ad un matrimonio legittimo¹⁸, non costituiva, però, elemento necessario per la sussistenza del matrimonio, essendo in realtà richiesta in relazione all'acquisto della cittadinanza; essa, comunque, adempiva ad una funzione pubblicitaria, sia rispetto al matrimonio, sia rispetto all'acquisto dello *status Romanae civitatis*.

Ancora, da D. 25.7.3 pr.¹⁹ si deduce che non è consentito tenere in concubinato una donna ingenua ed onesta, ma o si deve prenderla in moglie o si commette delitto di stupro. Verificandosi tale ipotesi, il magistrato che ne veniva a conoscenza, rivolgeva all'uomo un'interrogazione tendente ad accertare se egli volesse tenere la donna per moglie; l'assenso, reso davanti al magistrato, era così espresso in forma solenne e ufficiale.

Come è stato condivisibilmente affermato, le cennate formalità attingono, nel senso ed entro i limiti specificati, alla pubblicità «tutti i riti e le consuetudini nuziali di cui abbiamo fatto cenno erano infatti, per lor natura e struttura, e ... anche per il loro scopo, essenzialmente riti di pubblicità»²⁰. Se dal punto di vista strettamente giuridico non si trattava di requisiti essenziali per la costituzione o per la sussistenza del matrimonio, sotto il profilo sociale, questi riti e questi usi avevano enorme rilevanza in quanto attraverso la loro osservanza era assicurata al diritto la pubblicità della costituzione del matrimonio²¹.

Indispensabile era dunque l'*honor matrimonii* che aveva bisogno di adeguata manifestazione nell'ambiente sociale: «Il diritto avrà potu-

¹⁸ Usualmente essa era redatta per iscritto: cfr. R. ORESTANO, *La struttura* cit. 355 ss.

¹⁹ Marcian. 12 *insc.* *In concubinato potest esse et aliena liberta et ingenua maxime ea quae obscuro ioco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. Sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere. Amplius* cfr. quanto osserva P. BONFANTE, *Corso I* cit. 236.

²⁰ R. ORESTANO, *La struttura* cit. 376 s.

²¹ Così R. ORESTANO, *La struttura* cit. 377.

to magari accontentarsi della *scientia* di pochi; talvolta sarà bastata anche la *scientia* dei vicini come ebbe a pronunciare l'imperatore Probo ... o la *fides amicorum*, come in età postclassica pronunceranno gli imperatori Teodosio e Valentiniano. Ma una qualche manifestazione esteriore e correlativamente la possibilità che vi fosse un ambiente sociale che la potesse recepire dovevano pur sempre esserci»²².

Parallelamente al diffondersi del cristianesimo la pubblicità acquista maggiore rilievo e segna l'evoluzione del matrimonio. La Chiesa cattolica, infatti, nell'intento di affermare sempre più la propria competenza esclusiva a regolare il matrimonio quale istituto di diritto divino, tende a circondare la conclusione del matrimonio della maggiore pubblicità e solennità possibile²³.

Nel mondo romano-cristiano la disciplina del matrimonio ebbe infatti il suo fulcro nelle *tabulae coniugales* e negli *iura dotalia*, la cui diffusione trovava condizioni favorevoli nel progressivo affermarsi del documento scritto come principale mezzo di prova nell'età postclassica²⁴; in correlazione con la prassi comune, anche il diritto tendeva «in quest'epoca, ad attribuire un rilevante valore alle scritture, arrivando in certi periodi e in certi casi ad imporle come forma necessaria e tassativa di obbiettivazione del *consensus*»²⁵.

Le *tabulae matrimonii* o *tabulae nuptiales* servivano dunque a mostrare il *matrimonium*, e talvolta il fidanzamento, nelle forme della *testatio*: esse attestano, mediante una formula rituale, l'avvenuta celebrazione di un matrimonio *liberorum procreandorum causa*. La loro eventuale mancanza non inficia il matrimonio o il fidanzamento, che si fondano sul consenso; tuttavia, esse pur essendo da un punto di vista strettamente giuridico espressamente finalizzate solo a preconstituire più facilmente dei mezzi di prova (come ci dice Gaio *l. sing. de formula*

²² R. ORESTANO, *La struttura* cit. 380. Quando ogni manifestazione mancava o quando non v'era la possibilità che essa fosse socialmente e quindi giuridicamente recepita, allora l'esistenza di un matrimonio validamente costituito da una volontà nota soltanto alle parti interessate era inconcepibile: cfr. anche 381 ss.

²³ R. ORESTANO, *La struttura* cit. 403 s.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III. *La famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico* (Milano 1954) 80.

²⁴ R. ORESTANO, *La struttura* cit. 523 s.; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III cit. 82 s.

²⁵ R. ORESTANO, *La struttura* cit. 454; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III cit. 81; B. KUBLER, *sv. «Tabulae nuptiales»*, in *PWRE*. IV A/2 (Stuttgart 1932) 1952 ss.

hypoth. in D. 20.1.4 e D. 22.4.4), nella pratica, fanno parte integrante ed essenziale della cerimonia di matrimonio «l'acte écrit joue dans, si non en droit, du moins en fait, un rôle très important dans la formation du mariage romain»²⁶.

Con Giustiniano, nel 538 (Nov. 74.4.1-2), vengono emanate disposizioni che si ricollegano alla evoluzione del matrimonio nel periodo romano-cristiano, facendo riferimento, tra l'altro, ad una organizzazione embrionale dello stato civile²⁷. Riguardo al matrimonio dei dignitari dello Stato l'imperatore stabilisce che, quando essi non abbiano proceduto alla costituzione della dote, o ad *antenuptialis donatio*, cioè quando non siano stati redatti *nuptialia documenta*, occorre osservare per il matrimonio talune cautele. In primo luogo, è necessario che l'interessato:

4.1. ... veniat ad quandam orationis, domum et fateatur illius ecclesiae defensori, ille autem adhibens tres aut quattuor exinde reverentissimorum clericorum attestationem conficiat declarantem, quia sub illa indictione illo mense die mensis illo nostri imperii anno consule illo venerunt apud eum in illam orationis domum ille et illa et coniuncti sunt alterutri.

Si aggiunge poi:

Et huiusmodi protestationem si quidem accipere volunt an ambo convenientes aut alteruter eorum, et hoc agant et subscribant ei et sanctissimae ecclesiae defensor a reliqui tres aia quantoscumque voluerint, non tamen minus trium, litteris hoc significantibus.

E, infine:

4.2.: Sin vero etiam illi non egerint, ille tamen talem reponat chartam venerabilis illius ecclesiae defensor in eiusdem sanctissimae ecclesiae archivis (hoc ubi venerabilia vasa servantur,) praedictas subscriptiones habentem... .

Scopo dichiarato della disciplina suddetta è quello di predisporre una prova idonea del matrimonio e, con l'occasione, l'imperatore Giu-

²⁶ Così J.PH. LEVY, *Les actes d'état civil romains*, in *RHD.* 30 (1952) 449 ss.

²⁷ Cfr. E. VOLTERRA, *Diritto romano* (Milano 1956) 249; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III cit. 81.

stiniano dichiara esplicitamente la sua completa sfiducia rispetto alla prova testimoniale: *Fidem enim in solis testibus suspectam habentes ad praesentem venimus dispositionem*. Vi è, dunque, una dichiarata opzione per lo strumento pubblicitario garantito da un'apposita organizzazione pubblicistica²⁸ mentre l'attestazione dei *testes* da sola è ormai ritenuta insufficiente, se non addirittura inaffidabile.

²⁸ La gran parte degli atti inseriti in pubblici registri appare elaborata sulla scorta di usi formati dai pratici: si faceva ricorso, infatti, al modello delle scritture private a fini probatori utilizzate per constatare un certo avvenimento e, in particolare, alla *testatio*. Tali atti riguardano pressoché tutti i momenti fondamentali della vita: nascita, matrimonio, fidanzamento, divorzio, decessi, adozioni, emancipazioni, naturalizzazione, affrancamento e patronato. Talvolta si tratta di semplici constatazioni di fatti, talvolta di processi verbali di contratti o manifestazioni della volontà, alquanto formali (adozioni, mancipazioni, affrancamento, libello di ripudio e talvolta ancora di decisioni della pubblica autorità con le quali si costituiva un nuovo *status* (naturalizzazione). Dal punto di vista della loro conservazione e dell'efficacia probatoria, seguendo la nota classificazione di J.PH. LEVY, *Les actes* cit. 449 ss., e ora in *Autour de la preuve dans les droits de l'antiquité* (Napoli 1992) 175 ss. può farsi una distinzione tra atti puramente privati e atti semipubblici. La partecipazione dell'autorità era richiesta per quattro categorie di atti: dichiarazioni di nascita, vestizione della toga virile, naturalizzazione e, infine, per quelli che potrebbero definirsi pubblici e che venivano realizzati nella forma giudiziaria *apud acta*: adozione, emancipazione e affrancazione di schiavi. Tutto ciò che si compie dinanzi ai magistrati, nel Basso Impero dà luogo alla redazione di un processo verbale inserito nel registro del tribunale (appunto, *insinuatio apud acta* o *apud gesta*): si hanno così tutte le caratteristiche dell'atto pubblico di stato civile: constatazione dell'avvenimento, o della volontà delle parti, da parte dell'autorità; registrazione e conservazione del documento relativo negli archivi; rilascio agli interessati di estratti ufficiali (*editio gestorum*). Sull'*insinuatio apud acta* cfr. B. HIRSCHFELD, *Die Gesta municipalia in römischer und frühgermanischer Zeit* (Marburg 1904); A. STEINWENTER, *Beiträge zum öffentlichen Urkundenwesen der Römer* (Berlin 1915); H. STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privaturkunde* (Leipzig 1927) 765 ss., 1001 ss.; E. BICKERMANN, *Testificatio actorum*, in *Aegyptus* 13 (1933) 333 ss.; G. FERRARI DALLE SPADE, *La donazione nei papiri di Ravenna*, in *Studi Riccobono* I (Palermo 1936) 457 ss. Secondo J.PH. LEVY, *Les actes* cit, 453, si tratterebbe più di una forma necessaria per l'esistenza ed il compimento del negozio che di uno strumento finalizzato alla prova.

V

NOTE IN TEMA DI LEGATO A FAVORE DI CHI
«*PRIMUS AD FUNUS... VENERIT*».
UN CASO DI CONFLITTO TRA *INTERPRETATIO*
GIURISPRUDENZIALE E PRASSI SOCIALE

La disciplina giuridica delle sepolture in Roma presenta molteplici spunti di interesse per chi tenti di cogliere i momenti di conflitto tra normative e prassi sociale.

I giuristi, soprattutto dalla fine della repubblica e fino al secondo secolo d.C., tentarono di inquadrare comportamenti individuali, spesso molto diffusi, in schemi coerenti con i principi e le sistematiche del *ius civile*, nella sua forma storica rappresentata dalla stratificazione delle diverse normative.

L'elaborazione giurisprudenziale, tuttavia, non sortì sempre l'effetto della composizione delle tensioni provocate dall'emersione di consuetudini ritenute dai *prudentes* prive di efficacia giuridica, in quanto non inquadrabili nelle categorie da loro elaborate.

Un caso significativo è rappresentato dalle multe sepolcrali – le sanzioni minacciate dai fondatori di *sepulcra familiaria* nei confronti di chi vi introducesse estranei – che contrastavano con la regola della nullità delle disposizioni *poenae nomine*¹ e ciò nonostante molto diffuse.

Eppure le multe sepolcrali tendevano a salvaguardare la *religio familiare*², che però non costituì un valore giuridico pienamente tutela-

¹ Su tutta la problematica sepolcrale si veda, per una sintesi anche dei riferimenti bibliografici le nostre voci *Sepolcro (dir. rom.)*, in *ED.* 42 (1990) 1 ss.; *Sepoltura (dir. rom.)*, in *ED.* 42 (1990) 12 ss.

² Cfr. S. LAZZARINI, «*Sepulcra familiaria*». *Un'indagine epigrafico-giuridica*, Padova 1991, in part. 37 ss.

to: infatti, il *sepulcrum* familiare, la cui devoluzione era in teoria riservata al *nomen familiae*, non trovò mai forme di protezione giuridica soddisfacente, in particolare rispetto al sepolcro ereditario, regolato dallo *ius civile*, con la conseguenza di reazioni di vera e propria ostilità da parte dei fondatori dei sepolcri familiari³.

Sempre in materia sepolcrale, altre ipotesi di difformità tra prassi e normative si rinvennero nelle pratiche funerarie: la stessa *actio funeraria* appare, per molti risvolti, di difficile inquadramento negli schemi dell'*actio negotiorum gestorum*⁴, di cui forse rappresentò una fattispecie particolarmente tipizzata.

A pratiche sociali debordanti dalle regole dello *ius civile* appartiene anche la consuetudine di destinare legati a coloro che partecipassero al funerale del testatore.

Il *funus comitare*, la partecipazione al funerale era infatti un dovere, non sempre assolto, per i parenti del defunto e per gli *amici*⁵.

Il funerale fastoso era la misura della stima sociale di un uomo: incentivare la partecipazione del maggior numero di parenti ed amici costituì uno degli scopi perseguiti da testatori preoccupati di diserzioni massicce e disonorevoli.

Un brano di Aburnio Valente, giurista operante nel secondo secolo d.C.⁶, reca menzione di un lascito destinato appunto a quelli tra i figli che avessero partecipato al funerale del *pater*:

D. 32.10 (Val. 2 *fideicommiss.*): Si tibi et ei qui ex tribus liberis meis in funus meum venerit, centum aureos legavero, non minuitur in tua persona legatum, si nemo venit.

³ Cfr. G.I. LUZZATTO, «*Dolus malus abesto... et iurisconsultus*». *Appunti sull'applicazione del diritto romano nelle provincie*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, 2 (Milano 1951) 3 ss., ora in *Scritti minori epigrafici e papirologici* (Bologna 1984) 135 ss.; D. NÖRR, *Rechtskritik in den römischen Antike* (München 1974) 82 s., sull'uso di tali formule come esempi di critica e diffidenza verso i giuristi v., in proposito, M. TALAMANCA, *rec.* a D. NÖRR, *o.c.*, in *BIDR* 80 (1977) 406 ss., in part. 425 s., che evidenzia l'aspetto popolare di tali critiche, come proprie dei ceti sociali subalterni.

⁴ Sull'*actio funeraria* v. la bibliografia nella citata voce *Sepoltura*, 18.

⁵ Cfr. in proposito Cic. *Pro Quinct.* 15; Plin. *Nat. hist.* 35.22.

⁶ Sul giurista, W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², (Graz-Köln-Wien 1967) 15 ss., nt. 32; altra bibliografia in G. DE CRISTOFARO, *Note di prosopografia*; in F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (Napoli 1980) 289 s.

Ed è prova eloquente della caduta dei valori affettivi nella famiglia romana la consapevolezza – pacatamente manifestata – del testatore che nessuno dei *liberi* possa partecipare al funerale.

Ed allora i *testatores* si inducono a destinare un legato al primo che parteciperà al funerale o addirittura a chiunque si presenti al *funus*: tutto è tentato per evitare esequie desolatamente deserte che così suggellino un'esistenza desolatamente anonima. Si arriva, infine, a considerare di rendere erede chi per primo abbia partecipato al funerale:

Tit. Ulp. 22.4: Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: «quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto», quoniam certum consilium debet esse testantis.

I giuristi, come è evidente dal brano appena riportato, reagiscono con durezza ad una tendenza che doveva essere diffusa e persistente se già testimoniata da Gaio⁷, nel suo manuale istituzionale, come esempio di scuola di contravvenzione al divieto di legato a persona incerta.

Secondo Gaio, si considerava persona incerta quella che il testatore rappresentava a se stesso *per incertam opinionem*, come nel caso del legato a chi «*primus ad funus meum venerit ei heres meus XL milia dato*», oppure del lascito a colui che tra tutti «*ad funus meum venerit*».

Nell'esemplificazione gaiana il legato di funerale sembra costituire la fattispecie paradigmatica di legato a persona incerta, cui vengono poi aggiunte le altre contenute in:

Gai. 2.238: Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem, animo suo testator subicit, velut cum ita legatum sit «qui primus ad funus meum venerit ei heres meus Xmilia dato». Idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit «quicumque ad funus meum venerit». In eadem causa est, quod ita relinquitur «quicumque filio meo in matrimonium filiam suam conlocaverit ei heres meus Xmilia dato». Illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur «qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt», aequae incertis personis legari videtur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt.

⁷ Gai. 2.238.

Molti altri esempi, dunque, esistono per Gaio, di disposizione a incerta persona, a ribadire così una pratica diffusa ed illegittima.

Tuttavia, secondo il giurista, *recte legatur* a persona incerta *sub certa demonstratione*, cioè restringendo la cerchia dei prescelti in un ambito ben definito:

Gai. 2.238: Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti «ex cognatis meis qui nunc sunt qui primus ad funus meum venerit, ei X milia heres meus dato».

La posizione gaiana è sostanzialmente ribadita nei *Tituli ex corpore Ulpiani*:

24.18: Incertae personae legari non potest, veluti «quicumque filio meo filiam suam suam in matrimonio collocaverit, ei heres meus tot milia dato». Sub certa tamen demonstratione incertae personae legari potest, velut «ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei heres meus illud dato».

Si segnala così una linea giurisprudenziale assolutamente omogenea e contrastante evidentemente con diffusi e difformi comportamenti sociali.

Il principio civilistico, per il quale non può essere istituita erede o legatario una persona incerta (esteso da Adriano ai fedecommissi ed applicato in via generale anche al *testamentum militis*, nonostante la specialità di regime)⁸, non investe i requisiti per la *testamentifactio* passiva della persona onorata, ma costituisce un criterio che impone l'individuazione certa del soggetto istituito, che va designato escludendo ogni rapporto a circostanze insicure (come ad esempio all'evento della partecipazione al funerale di persona non determinabile).

La *certa demonstratio*, che per Gaio consentiva di evitare la nullità del lascito, conteneva in termini restrittivi le ipotesi di nullità discendenti dal principio civilistico e rappresentava la massima concessione dei giuristi. Evidenti, d'altra parte, erano le motivazioni poste dai *prudentes* alla base dell'unanime riconoscimento della nullità di disposizioni testamentarie fondate sulla *incerta opinio* dell'autore, incertezza

⁸ Ampia bibliografia in A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰ (Napoli 1994) 453 s., nt. 36.3. Cfr. anche Gai. 2.287; I. 2.20.25.

che non permetteva la valutazione degli scopi perseguiti e della loro liceità ed il controllo dell'uso finale di beni economicamente rilevanti.

I giuristi erano indotti ad un atteggiamento così severo soprattutto dall'esigenza di tutelare il patrimonio ereditario, che non doveva essere gravato da oneri diretti a favorire soggetti non determinati. Qualora, infatti, si fosse consentito al testatore di destinare un legato ad una persona *incerta*, una persona cioè che egli non potesse prefigurarsi all'atto della disposizione, si sarebbe lasciato al caso la designazione dell'onorato, e non alla volontà dell'autore dell'atto, con la conseguente impossibilità di verificare la sussistenza di quel rapporto di benevolenza e di stima che costituiva la causa della disposizione. Una volta compiuto il processo di patrimonializzazione dell'*hereditas*⁹, ai *prudentes* apparivano trascurabili, nell'ambito di una rigorosa applicazione dei principi dello *ius civile*, le esigenze dei testatori che non fossero strettamente rapportabili a valutazioni di ordine economico, come il desiderio di proteggere il sepolcro familiare o di assicurarsi un funerale decoroso.

I desideri personali dei *testatores*, la loro volontà di sopravvivere alla morte terrena appartenevano alla sfera degli interessi metagiuridici non garantibili direttamente dallo *ius civile*¹⁰.

Non a caso, allora, in alcune iscrizioni sepolcrali si registra la presenza di significative espressioni del seguente tenore: «*Monumento huic dolus malus abesto et ius civile*»¹¹; oppure «*Huic monumento dolus malus abesto et iuris consultus*»¹².

Formula che appare anche in una tavoletta contenente una compravendita scoperta in Frisia e commentata dal Luzzatto¹³. Tuttavia, se nella tavoletta di Tzum la formula segnala probabilmente un sentimento di reazione di provinciali al tentativo di imporre loro lo *ius civile*, le

⁹ Sulla ricostruzione del processo di evoluzione con ampia bibliografia v. A. GUARINO, *Diritto Privato*¹⁰ (Napoli 1994) 438 ss.

¹⁰ Di qui, ad esempio, la necessità di distinguere tra *sepulcrum*, incommerciabile, e *ius sepulcri*, con il conseguente conflitto tra il regime del sepolcro familiare, di cui i fondatori decretavano l'incommerciabilità e la incoercibile, *ex iure civili*, facoltà degli eredi di alienare tali sepolcri. Su tutta la problematica cfr. S. LAZZARINI, «*Sepulcra familiaria*» cit. 13 ss.

¹¹ CIL. 6.8861; 8862; 10525; 12133; 13441.

¹² V. *supra* nt. 11.

¹³ «*Dolus malus abesto*» cit. 138 ss.

iscrizioni sepolcrali ritrovate a Roma possono essere il segnale di una reazione di ostilità alle regole giuridiche, considerate oppressive o comunque impermeabili a bisogni umani governati inflessibilmente piuttosto che tutelati.

I giuristi, come abbiamo visto, per quanto concerne il legato di funerale tentarono di temperare la *regula iuris*, introducendo la possibilità di inserire nel legato la *certa demonstratio*, ammettendo così di designare onorato non solo la persona singola, ma una cerchia di persone determinate in modo da essere contemplabili dall'autore dell'atto (così poteva essere eletto legatario quello tra i *cognati* «*qui nunc sunt*» e che per primo venisse al funerale).

Ulpiano si spinge a ritenere valido il legato genericamente destinato alla «cognazione»:

D. 34.5.19(20) (Ulp. 25 *ad Sab.*): Si cognatis legatum sit et hi cognati quidem esse desierunt in civitate autem maneant dicendum deberi legatum: cognati enim testamenti facti tempore fuerunt. Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur. 1. Si quis cognationi leget, idem est atque si cognatis legasset.

Il giurista, dopo aver risolto affermativamente il quesito concernente l'efficacia di un legato a favore di coloro che fossero *cognati* al tempo del testamento, ma che avessero cessato di esserlo successivamente purché *in civitate maneant*, passa poi ad esaminare la fattispecie opposta, concernente l'efficacia del legato per coloro che fossero divenuti *cognati* successivamente alla redazione del testamento, ammettendo anche costoro al beneficio. In uno spirito di evidente *favor* il giurista ritiene infine valide le disposizioni rivolte genericamente alla *cognatio*, come se fossero state legate ai singoli *cognati*¹⁴.

Il brano, da *certe* alla fine, è stato sospettato come *insiticio* dal Ferrini¹⁵, con argomentazioni che non sembrano decisive. Infatti, egli ritiene che il brano, nella parte interpolata, sia stato adeguato all'abolizione del divieto di istituzione di persona incerta attuata da Giustiniano; ma è

¹⁴ Cfr. G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*² (Torino 1962) 181 ss.

¹⁵ C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommessi* (Milano 1889) 155 ss., in part. 158.

facile obiettare che non sempre i Compilatori hanno modificato testi non più conformi allo stato di evoluzione del diritto alla loro epoca, poiché molte delle pretese innovazioni giustinianee sono state anticipate in qualche misura dai giuristi classici. In particolare per il legato di testamento è innegabile lo sforzo dei *prudentes* di rendere meno incisiva la sanzione di nullità prevista dallo *ius civile*. Per quanto poi concerne le osservazioni critiche di ordine formale avanzate dal Ferrini, va rilevato che il *certe*, con cui si apre il brano contenente il secondo quesito dibattuto dal giurista, non ha solo valore limitativo del principio prima esposto, come riteneva il Ferrini, ma anche confermativo di un omogeneo indirizzo interpretativo, consistente nella conservazione degli effetti delle disposizioni testamentarie. Ancora, una particella disgiuntiva anteposta alla frase *mortis tempore* ecc. non è sempre necessaria, potendosi dispiegare anche un discorso paratattico; infine, né il *consequitur* al presente e non al futuro, né il riferimento all'*adrogatio* come costitutiva di *cognatio* sono segnali sicuri di alterazioni determinanti.

I giuristi, dunque, tentarono di temperare il rigore della regola civilistica, ma, pur con i descritti correttivi, il divieto di istituzione di persona incerta restò in vigore fino all'abolizione, parziale o forse totale, attestata da Giustiniano nelle sue Istituzioni¹⁶ e realizzata con una costituzione in greco che occupava l'intero titolo 48 del sesto libro del Codice giustiniano, poi andata perduta, di cui si conservano il sommario tratto dal Tipucito e dal Nomocanone di Balsamone ed alcuni passi dall'Indice di Taleleo¹⁷.

Dalle poche indicazioni sicure desumibili dalla *lex* così restituita emerge che a seguito della riforma giustiniana l'incertezza soggettiva

¹⁶ I. 2.20.25.

¹⁷ Sul divieto di istituzione di erede o legatario (Gai. 2.238) di una persona incerta e sulla riforma giustiniana cfr. C.F. MÜHLENBRUCK - C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette* 28 (tr. it. Milano 1903) 580 ss.; K.L. ARNDTS, in C.F. VON GLÜCK, *Commentario* cit. 30-32 (tr. it. Milano 1898) 261 ss.; V. SCIALOJA, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali* (Roma 1914) 208 ss.; F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* 2 (tr. it. Torino 1888) 310 ss.; C. FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano* 1 (Napoli 1900) 208 ss.; C. FERRINI, *Teoria generale* cit. 155 ss.; U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana* (Milano 1937) 142 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano* 1 (Milano 1967) 413 ss.; G. GROSSO, *I legati* cit. 191 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *Sui legati a «incertae personae»: C. 6.48.1.10 e la sua estraneità alla materia assoggettata*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* III (Milano 1971) 625 ss., con ult. bibl.

del testatore non dovesse determinare la nullità della disposizione, quando futuri avvenimenti potessero indicare con certezza la persona dell'onorato.

La versione sommaria delle Istituzioni, per l'autorevolezza della fonte, è sul punto preziosa:

I. 2.20.15: Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiciebat, veluti si quis ita dicat; «quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei heres meus illum fundum dato»; illud quoque, quod his relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt, aequae incertae personae legari videbatur; et denique multae aliae huiusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servo liberare. Tutor quoque certus dari debebat. Sub certa vero demonstratione, id est ex certis personis incertae personae, recte legabatur, «veluti ex cognatis meis qui nunc sunt si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus illam rem dato». Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta repeti non posse sacris constitutionibus cautum erat.

Giustiniano riassume con chiarezza lo stato della questione e le posizioni tradizionali della giurisprudenza sull'interpretazione delle disposizioni testamentarie a favore di persona incerta, comunque non più attuali – come è desumibile dall'*olim* – dopo l'intervento imperiale.

La reale portata della riforma giustiniana è in ogni caso discussa a causa dell'incertezza dello stato delle fonti: nella Parafrasi di Teofilo, infatti, gli esempi riferiti da Giustiniano – e che sono a loro volta tratti probabilmente da Gaio – sembrano non sfuggire alla nullità¹⁸. Giustiniano forse non ha realizzato una soppressione generale del divieto, ma nella sua costituzione ha disciplinato i singoli casi in uno spirito però di favore per la conservazione delle disposizioni.

¹⁸ Cfr. *I. 2.20.25-28; Bas. 44.18.29.*

Le normative civilistiche, come elaborate in un lungo arco temporale a fatica e forse solo in parte pervennero a tutelare esigenze diffuse legate a bisogni profondi dell'animo umano.

In materia funeraria, in particolare, il dissidio tra la normativa, quella elaborata con il contributo fondamentale dei giuristi, e la prassi sociale non fu composto poiché l'ordinamento giuridico, per la coerenza ai suoi principi, ritenne sacrificabili interessi deboli.

VI

PUBLIO MUCIO SCEVOLA E LA “DOTE DI LICINIA”

Licina, figlia di Publio Licinio Crasso Muciano, fratello di sangue del giurista Publio Mucio Scevola, e di questi dunque nipote¹, era la moglie di Caio Gracco, quando questi nel 121 a.C. scomparve tragicamente a seguito della violenta repressione della sua parte politica guidata dal Senato e dal console Lucio Opimio².

L'eliminazione violenta del tribuno e dei suoi seguaci fu solo il culmine della implacabile persecuzione del movimento graccano: infatti, ad essa seguì la confisca a favore dell'erario pubblico dei beni di Caio Gracco e dei suoi *socii*. Anche la dote della moglie Licinia, che *iure civili* a quell'epoca era proprietà del marito, fu acquisita³ all'*aerarium* dello Stato.

Le fonti⁴ sono in proposito numerose, anche se non del tutto univoche.

Orosio⁵ attesta l'intervenuta *publicatio* dei beni di Gaio Gracco, mentre Cicerone⁶ ed Appiano⁷ narrano della distruzione delle case di

¹ Cfr. F. MÜNZER, *sv. Licinius (Licinnia)* n. 180, in *RE*. 13.1 (Stuttgart 1926) 496 s.

² La vastità della letteratura sul tema del tentativo riformistico graccano e della sua repressione non consente, nell'ambito della presente ricerca, una sia pure limitata rassegna bibliografica. Prima ricognizione di problemi, fonti e letteratura in F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² (Napoli 1973) 458 ss., e 531 ss. in part. per la fine di Caio Gracco a seguito della violenta azione promossa dal ceto senatorio.

³ Plut. *C. Gr.* 17.5.

⁴ Cic. *de dom.* 38.102; Plut. *C. Gr.* 17; Sall. *BJ.* 16.2; Vell. Pat. 2.7.6; App. *bell. civ.* 1.26.

⁵ Oros. 5.12.9.

⁶ Cic. *de dom.* 38.102.

⁷ App. *bell. civ.* 1.26.119.

Gracco e M. Fulvio Flacco, suo collega nel tribunato. Plutarco⁸ conferma che le proprietà dei Graccani furono vendute a beneficio dell'erario; che alle vedove fu vietato di portare il lutto e che, in particolare, Licinia fu spogliata della dote.

Il complesso delle riferite testimonianze sembra contrastare con il parere di Publio Mucio Scevola espresso a proposito della dote di Licinia, riportato nel Digesto⁹, che ha dato luogo a molteplici ed acute interpretazioni¹⁰ sia al fine di intenderne il senso dal punto di vista tecnico-giuridico, sia per armonizzarlo con i dati offerti dal contesto delle citate fonti:

D. 24.3.66 pr. (Iav. 6 *ex post. Lab.*): In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. Ea sententia Publī Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinnae praestari oportere.

Nel frammento, tratto dal commento di Giavoleno ai *libri posteriores* di Labeone¹¹, il giurista affronta il problema degli obblighi gra-

⁸ C. Gr. 17.5.

⁹ D. 24.3.66 pr. (Iav. 6 *ex post. Lab.*).

¹⁰ Cfr. F. WIEACKER, *Die römischen Juristen in der politischen Gesellschaft des zweiten vorchristlichen Jahrhunderts*, in *Sein und Werden im Recht* (Festg. Von Lütow) (Berlin 1970) 189 ss., 211 ss.; F. BONA, *Sulla fonte di Cicero, de or. 1.56.239-240 e sulla cronologia dei "decem libelli" di P. Mucio Scevola*, in *SDHI.* 39 (1975) 469, 478; G. GROSSO, *P. Mucio Scevola tra il diritto e la politica*, in *AG.* 174 (1968) 204 ss., D. DAUBE, *Licinnia's Dowry*, in *Studi in onore di Biondo Biondi* 1 (Milano 1965) 199 ss.; A. GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio* (Napoli 1981) 135 ss. con ampia bibl.; R. BAUMAN, *Five Pronouncements by P. Mucius Scaevola*, in *RIDA* 25 (1978) 223 ss. in part. 238 ss., con fonti e letteratura; ID., *Lawyers in Roman Republican Politics* (München 1983) 286 ss.

¹¹ Il frammento proviene da un'opera che Giavoleno dedicò al commento dei *libri posteriores*; di Marco Antistio Labeone. Il GUARINO, *La coerenza*, cit. 138, ipotizza la risalenza, attraverso Labeone a Servio e da questi a Q. Mucio, le cui opere Servio discuteva criticamente (*Reprehensio Scaevolae Capita*). Quinto Mucio era solito a sua volta citare il padre Publio Mucio Scevola. Cfr., sul commento giavoleniano ai *libri posteriores*; di Labeone S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui "Libri Posteriores" di Labeone*, in *BIDR.* 49-50 (1947) 277 ss.; sul collegamento tra la *sententia* di Publio Mucio ed il brano giavoleniano F. BONA, *Sulla fonte di Cicero*, cit. 469 nt. 143.

vanti sul marito nei confronti della moglie nell'ipotesi di perimento delle *res* ricevute a titolo di dote¹².

Secondo il *iuris prudens* del primo secolo d.C. i beni dotali spariti, ad eccezione del denaro che alla stregua delle altre *res* di genere andava comunque restituito nel *tantundem*, andavano rimborsati nel controvalore alla *uxor* ove fossero stati dispersi per causa imputabile al coniuge a titolo di dolo o colpa, secondo un principio affermato in via generale da Servio¹³, ma che Giavoleno trova già applicato in un più antico parere di Publio Mucio a proposito della dote di Licinia.

L'autorevole giurista repubblicano *statuit* che poiché le *res* dotali erano perite nella *seditio* in cui Caio Gracco *occisus erat*, considerato che la *culpa* della *seditio* era dello stesso tribuno, a Licinia doveva essere garantito il rimborso del controvalore dei beni dotali dispersi durante i disordini.

Il brano, nel discorso di Giavoleno, è riferibile all'esercizio dell'*actio rei uxoriae* e si occupa dei limiti della responsabilità del marito in caso di perimento delle *res* dotali.

Non altrettanto può dirsi del parere di Publio Mucio, che non reca menzione alcuna delle circostanze alle quali può riferirsi, ai soggetti contro i quali è rivolta la pretesa di Licinia, agli stessi possibili obiettivi dell'azione di quest'ultima.

L'isolamento del parere di Publio Mucio, forse da collegarsi alla complessa tradizione del frammento¹⁴, rende difficile intenderne il probabile significato tecnico giuridico, anche in relazione alla *publicatio* dei beni di Caio Gracco, seguita alla sua morte, ed ha dato la stura a molteplici discussioni nella letteratura romanistica che si possono sostanzialmente ricondurre a due fondamentali tesi: secondo la prima, Licinia ha esercitato, nei confronti degli eredi di Caio Gracco, cioè i suoi figli, l'*actio rei uxoriae* allo scopo di recuperare il controvalore o

¹² Sul regime dotate e la responsabilità del marito ed i suoi limiti bibliografia e problemi in A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹ (Napoli 1997) 611 ss. nt. 51.2. e 51.3.; ID., *La condanna nei limiti del possibile* (Napoli 1978) 61 ss., 130 ss. con ult. bibl.

¹³ La massima serviana, cui fa riferimento Giavoleno in D. 24.3.66 pr. si trova ripetuta più volte nei *Digesta* (23.3.72.1; 23.4.12.4; 24.3.25.1) e nei *Fragmenta Vaticana* (94; 101). Cfr. sul tema V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (Napoli rist. 1987) 201 ss.

¹⁴ Cfr. *supra* nt. 11.

dei soli beni dotali periti durante la *seditio*, o dell'intero asse dotale, oltre che per perseguire obiettivi di rilevanza sociale come la difesa del suo buon nome, della sua dirittura morale ecc.¹⁵; per la seconda, l'azione, qualificata variamente, fu intrapresa nei confronti dell'*aerarium*, al fine di vedere sottratti alla *publicatio* i beni periti allo scopo di ottenere il risarcimento del controvalore¹⁶.

La testimonianza di Plutarco sulla confisca della dote di Licinia è in ambedue le ipotesi opportunamente raccordata alla *sententia* di Publio Mucio, nel senso che le pretese di Licinia furono respinte e dunque il provvedimento di *publicatio* integralmente confermato.

A noi sembra che l'ipotesi dell'esercizio da parte di Licinia di una *actio rei uxoriae* contro i propri figli, all'indomani dell'intervenuta *publicatio* sia pure in ipotesi solo parziale, o anche prima che essa fosse compiuta, pure acutamente sostenuta, non sia condivisibile, perché in primo luogo i figli di Caio Gracco non erano – intervenuta la *publicatio* – titolari di un patrimonio rilevante ed in secondo luogo per ovvie ragioni affettive, essendo tra l'altro testimoniato proprio da Plutarco l'amore di Licinia per il coniuge e la sua famiglia¹⁷. Bisognerebbe, inoltre, dare per scontato che le *retentiones* fossero già attuabili alla fine del secondo secolo a.C.

La seconda tesi appare più probabile, soprattutto alla luce degli approfondimenti del Daube, nonché delle indagini, anche recenti¹⁸, sul procedimento della *publicatio bonorum*, che ne hanno messo in luce la specialità e la non corrispondenza agli schemi privatistici, in particolare la difficile riconducibilità alla *bonorum venditio* ed ai suoi effetti.

Il Daube¹⁹, in primo luogo, ha correttamente chiarito che la decisione di Publio Mucio può essere stata adottata dal giurista al solo fine di supportare la pretesa della nipote Licinia, sia che tale pretesa si at-

¹⁵ In particolare cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² cit. 202; A. GUARINO, *La coerenza* cit. 135 ss. ivi bibl.

¹⁶ G. GROSSO, *P. Mucio Scevola* cit. 206 ss.; D. DAUBE, *Licinnia's Dowry* cit. 200 ss., con bibl.

¹⁷ Plut. C. Gr. 15.

¹⁸ Ch. M. FÜHRMANN, *sv. Publicatio bonorum*, in RE. 23.2 (Stuttgart 1959) 2491 ss.; P. VOCI, *sv. Esecuzione forzata (dir. rom.)*, in ED. 15 (1966); W. WALDSTEIN, *sv. Bona damnatorum*, in RE. suppl. 10 (Stuttgart 1965) 98 ss.; ed ora F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"* (Napoli 1990) in part. 161 ss.

¹⁹ *Licinnia's Dowry* cit. 206 s.

tuasse nell'ambito di un'*actio* sia in procedimenti di diversa natura, eventualmente anche stragiudiziali. Inoltre, la domanda di Licinia era, come si evince dal testo di Giavoleno, unicamente diretta ad ottenere il risarcimento per la perdita di quei beni dotali andati distrutti durante la *seditio* per la colpa di Caio Gracco, e non rivolta alla restituzione del complessivo asse dotale. Gli spunti preziosi suggeriti dal Daube consentono allora di ipotizzare come possibile la collocazione della domanda di Licinia, e della decisione di Publio Mucio a suo supporto, nell'ambito del complesso procedimento volto alla *publicatio bonorum* di Calo Gracco.

Come è noto, era compito del pretore immettere i questori nel possesso dei beni del soggetto alla *publicatio*. Conseguito il possesso dei beni, i questori urbani procedevano alla loro vendita a mezzo di pubblici incanti, versando il corrispettivo allo *aerarium*.

Nelle fonti la vendita pubblica è definita *bonorum sectio*²⁰ e *sectores* gli aggiudicatari, perché questi ultimi erano soliti rivendere per lotti il complesso dei beni acquisiti, al fine di ottenere profitti dall'eventuale maggiore prezzo.

Per *bonorum sectio* si intende, dunque, il procedimento con cui l'erario vendeva i beni di un soggetto, il cui patrimonio era stato *publicatum* e per *sector* l'acquirente in blocco del patrimonio, di cui diveniva *dominus ex iure Quiritium*.

Come è stato affermato²¹ le fonti sono taciturne per quanto concerne gli effetti della *bonorum sectio* sui rapporti obbligatori facenti capo al condannato. È stato ritenuto improbabile²², sulla base della natura pubblicistica della *sectio*, che il *sector* possa definirsi successore universale *iure civili* del soggetto alla confisca. D'altra parte, anche la possibilità di riconoscere all'erario la qualifica di erede è stata esclu-

²⁰ Cfr. F. SALERNO, *Dalla "consecratio" cit.* 164 ss., con corredo di fonti e bibl. Sulla *bonorum sectio* v. ampia bibliografia in F. SALERNO *o.c.* 167 nt. 23; in particolare cfr. S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano I* (Napoli 1937) 197 ss.; ID., *La "bonorum venditio" come figura di "successio"*, in *Iura* 4 (1953) 206 ss.; M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo romano* (Roma 1934) 153 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990) 671.

²¹ O. CARRELLI, *Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio*, in *SDHI*. 4 (1938) 429 ss.

²² M. TALAMANCA, *Contributi cit.* 169; *Istituzioni cit.* 671.

sa²³: tuttavia, appare indubbio che nella *publicatio* si realizzasse una successione regolata dal *ius publicum* nella quale la *res publica* era successore universale di colui i cui beni erano stati oggetto della *sectio*²⁴. La *publicatio bonorum* e la successiva *addictio* al *sector* possono essere considerati come fasi di uno speciale procedimento a connotazione autoritaria e pubblicistica, che realizza una successione prima dello Stato e poi del *sector* al condannato fuori degli schemi del diritto privato²⁵.

Tuttavia, la salvaguardia dei rapporti obbligatori che facevano capo al proscritto poteva realizzarsi sia attraverso la *lex addictionis*, sia con la concessione di azioni utili da parte del magistrato operante la *sectio* o del pretore in sede giurisdizionale²⁶.

E stato sul punto ipotizzato²⁷ che nel periodo arcaico e nell'età repubblicana, fino alla *lex Aebutia*, i rapporti obbligatori facenti capo al soggetto sottoposto alla *publicatio* si sarebbero trasferiti allo *aerarium*, ma non al *sector*. Contro l'*aerarium* avrebbero potuto dunque agire i creditori del condannato così come l'erario poteva escutere i debitori.

Dopo la *lex Aebutia*, il pretore avrebbe concesso al creditore un'*actio utilis* nei confronti del *sector* e a quest'ultimo contro i debitori originari del proscritto, qualora la *lex addictionis*²⁸ avesse autorizzato il trasferimento anche dei crediti del condannato.

La problematicità della ricostruzione dei profili giuridici della responsabilità dell'*aerarium* e del *sector* per le obbligazioni facenti capo al soggetto sottoposto alla *publicatio bonorum*, con la difficoltà di rin-

²³ B. BIONDI, *Diritto ereditario romano. Parte generale* (Milano 1954) 28; ma già G. ROTONDI, *sv. "Bonorum sectio"*, in *Enciclopedia giuridica italiana* II/I (1911) 1263 ss. in part. 1264; ID., *"Bonorum venditio"* (*Lineamenti*), in *Per il XIV Centenario delle Pandette. Studi e profili* (Pavia 1933) 103 ss.; O. CARRELLI, *Per un'ipotesi cit.* 457; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano* (Napoli 1933) 207.

²⁴ M. TALAMANCA, *Contributi cit.* 162 s.

²⁵ F. SALERNO, *Dalla "consecratio" cit.* 200 ss. La responsabilità del *sector* è attestata da Ascon., in *Cic. Milon.* 54.20-21.

²⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi cit.* 170 s.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori cit.* 1.6, nt. 1; F. SALERNO, *Dalla "consecratio" cit.* 206 ss.

²⁷ M. TALAMANCA, *Contributi cit.* 169 ss.; ID., *rec. a F. SALERNO, Dalla "consecratio" cit.*, in *BIDR.* 94-95 (1991-1992) 706 ss. in part. 714.

²⁸ G. ROTONDI, *sv. "Bonorum sectio" cit.* 1264; cfr. anche O. CARRELLI, *Per una ipotesi sulla origine della bonorum venditio cit.* 462.

venirne il fondamento in una *successio iure civili* – pure autorevolmente affermata²⁹ – o *iure publico*, non impedisce di affermare come altamente probabile la sussistenza di tale responsabilità a qualsiasi titolo sia per l'*aerarium* che per il *sector*. Competenti a dichiarare l'esistenza di tale responsabilità potevano essere o il pretore – cui come già detto competeva di immettere l'*aerarium* nel possesso dei beni pubblici – o i questori – cui spettava la direzione del pubblico incanto – attraverso la concessione di azioni utili o nella stessa *lex addictionis*, o, infine, ancora il *praetor* con l'ammissione di azioni utili contro il *sector*.

La *bonorum sectio*, procedimento complesso, articolato in più fasi, offriva dunque al creditore del proscritto o del condannato la possibilità di fare valere il suo diritto in molteplici sedi.

Appare, di conseguenza, possibile che Licinia, facendosi forte della autorevole opinione di Publio Mucio, abbia rivolto la sua domanda al pretore o ai questori, in via stragiudiziale o attraverso la concessione di un'*actio utilis*, al fine di vedere riconosciuto il suo diritto al risarcimento per la perdita dei beni dotali distrutti durante la *seditio* di Caio Gracco, sottraendo così il controvalore alla *publicatio*.

Presupposto dell'iniziativa di Licinia è l'intervenuta *publicatio* dei beni di Caio Gracco, attestata dalle fonti, e per la sua dote, esplicitamente, da Plutarco.

Non si conosce l'esito della domanda di Licinia: dare per scontato che essa fu respinta sulla base della narrazione plutarchea non appare del tutto condivisibile, perché oggetto della sua richiesta non fu la restituzione dell'intera dote confiscata, ma solo del controvalore dei beni distrutti per i disordini, *tantundem* che poteva essere detratto dall'asse dotale in caso di accoglimento.

La colpa di Caio Gracco, indicata da Publio Mucio come fondamento della pretesa di Licinia e causa del perimento dei beni in questione, poteva essere apprezzata nella valutazione equitativa della *summa condemnatio* che era caratteristica propria dell'*actio rei uxoriae* e non poteva non essere rilevante anche in un procedimento o in un'*actio utilis* che sulla prima si modellava, al fine di isolare il complesso dei beni dispersi rispetto

²⁹ W. WALDSTEIN, *sv.* "Bona damnatorum" cit. 104 s.; S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori*, 1 cit. 6, nt. 1; G. SCHERILLO, *Appunti sulla sectio bonorum* cit. 197 ss.; ID., "Bonorum venditio" cit. 205 ss.; P. VOCI, *sv.* "Esecuzione forzata" cit. 429. Ulteriore ricognizione di lett. e problemi in F. SALERNO, *o.c.* 192 ss.

all'asse dotale e valutarne il *tantundem*, con il doppio risultato di assicurare a Licinia il risarcimento e di sottrarre gli stessi alla *publicatio*.

La motivazione di Publio Mucio, lungi dall'essere ispirata dall'odio della classe dominante per il partito gracciano³⁰, era tecnicamente sapiente e perfettamente modulata rispetto al fine perseguito.

Non sembra, infatti, del tutto corretto interpretare in chiave politica le argomentazioni giuridiche di Publio Mucio sulla responsabilità per colpa di Caio Gracco nella *seditione* da lui fomentata, come affioramento cioè delle convinzioni del giurista e prova della sua appartenenza all'oligarchia senatoria.

Publio Mucio, certamente, per nascita, cultura e carriera apparteneva alla più alta aristocrazia senatoria³¹, tuttavia egli ha coerentemente assunto nelle diverse magistrature rivestite e soprattutto nel consolato del 133 a.C., il ruolo di giurista scrupoloso, attento a non violare la prassi costituzionale e la tradizione³².

Fu così consigliere di Tiberio Gracco nel preparare la legge agraria³³, ma nello stesso tempo, secondo Plutarco³⁴, giunse ad affermare che non avrebbe ritenuto valido quanto approvato dal popolo sotto la pressione del tribuno.

Non accettò di considerare Tiberio come tiranno e di procedere contro di lui³⁵, ma allo stesso tempo valutò legittima la repressione violenta condotta da Scipione Nasica³⁶.

³⁰ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*² cit. 202.

³¹ Sulla personalità di Publio Mucio ed i suoi rapporti con l'oligarchia dominante e più in generale sul profilo sociale, culturale, politico della giurisprudenza tardo-repubblicana cfr. R. ORESTANO, *sv. Scevola P. Mucio*, in *NNDI*. 16 (1969) 685; W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung des römischen Juristen*² (Graz 1967) 12; E.S. GRUEN, *The political Allegiance of Publius Mucius Scaevola*, in *Athenaeum* 53 (1965) 321 ss.; F. WIEACKER, *Die römischen Juristen* cit. 200 ss.; R. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics* cit. 230 ss.; O. BEHREND, *Die Wissenschaftslehre in Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola Pontifex* (Göttingen 1976); ID., *Les "veteres" et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in *RHD*. 55 (1977) 7 ss.; ID., *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit. Die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in *Symposion*. 70. Geburtst. F. Wieacker (1980) 25-121.

³² Cfr. A. GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio* cit. *passim*.

³³ Plut. *Tib. Gr.* 9; Cic. *Acad. pr.* 2.5.13.

³⁴ *Tib. Gr.* 19.

³⁵ Plut. *Tib. Gr.* 19; Val. Max. 3.2.17; 4.7.1.

³⁶ Cic. *pro. Planc.* 36.88.

Comportamenti apparentemente contraddittori³⁷, ma di cui è stata autorevolmente mostrata la coerenza, intesa come fedeltà alle normative ed alla prassi costituzionale³⁸.

Tuttavia, per quanto concerne la decisione di Publio Mucio per il caso della dote di Licinia, alcune ulteriori considerazioni sono possibili.

Nel prendere le difese della nipote, moglie di Caio Gracco, il giurista era mosso da un unico intento: tutelare il diritto della sua patrocinata ed assicurarle il risarcimento del danno subito, nello stesso tempo sottraendo alla *publicatio* il controvalore dei beni dotali andati dispersi.

Egli, dunque, utilizzava l'argomento della *seditio* e della *culpa* di Caio Gracco al solo fine di giovare alla vedova del tribuno.

Publio Mucio adotta il tipico modulo logico-argomentativo del *iuris prudens* repubblicano e più in generale del giurista che ai fini della risoluzione di una questione concreta a lui proposta deve rinvenire le motivazioni funzionali alla soluzione prefigurata come utile.

Esercitando dunque un sapere pratico al fine di risolvere un problema pratico, Publio Mucio utilizza egregiamente, ma anche con "indifferenza personale", una motivazione – la *seditio* e la *culpa* di Caio Gracco – il più possibile idonea all'accoglimento della pretesa di Licinia, tenendo conto del clima politico dominante sfavorevole a Caio Gracco e al suo partito e della palese ostilità dell'oligarchia al potere, che ne aveva già determinato la morte e la confisca dei beni.

La neutralità³⁹ del giurista gli consente di assumere con discrezionalità puramente tecnica gli argomenti più utili alla tutela del diritto della sua patrocinata.

³⁷ Così G. GROSSO, *Publio Mucio Scevola* cit. 204 ss., che però sottolinea lo scrupolo legalitario del giurista che lo portò comunque a dissentire dai metodi dell'azione violenta di Scipione Nasica.

³⁸ A. GUARINO, *La coerenza* cit. in part. 148 ss.

³⁹ Neutralità non nel senso di isolamento, ma nel senso di capacità di argomentare tecnicamente in funzione della soluzione individuata come utile.

VII

IN TEMA DI ADOZIONE TESTAMENTARIA E DI «CONDICIO NOMINIS FERENDI»

1. Nella società romana della fine del primo secolo a.C., epoca, come è noto, di radicali cambiamenti delle istituzioni e del costume, sono emerse pratiche collettive sentite dalla mentalità comune come particolarmente importanti, ma che sembrano avere avuto un non grande rilievo nell'elaborazione teorica dei giuristi.

È, ad esempio, il caso delle sepolture familiari, riservate ai soli membri del *nomen familiae*, con l'esclusione di tutti gli estranei, compreso l'*heres extraneus*, ed a tal fine protette da maledizioni e clausole contenute in iscrizioni sepolcrali. L'efficacia giuridica di questi atti era molto dubbia¹; di qui lo svilupparsi di una vivace avversione dei fondatori di *sepulchra familiaria* nei confronti del *ius civile* e dei giuristi, attestata da iscrizioni del tenore «*dolus malus abesto et ius civile*»².

¹ Sull'argomento v. A. PARROT, *Malédiction et violations des tombes* (Paris 1939); G. GIORGI, *Le multe sepolcrali in diritto romano* (Bologna 1910) 26 ss.; da ultimo A.M. ROSSI, *Ricerche sulle multe sepolcrali romane*, in *Rivista storica dell'antichità*, V (1975) 111 ss.; sulla distinzione tra *Sepulchra familiaria* ed *hereditaria* v. E. ALBERTARIO, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, in *Fil.* XXXV (1910) 432 ss., poi in *Studi di diritto romano. Cose-diritti reali-possesto II* (Milano 1941) 3 ss. Sulla questione da ultimo M. KASER, *Zum römisches Grabrecht*, in *ZSS.* XCV (1978) 15 ss.

² Sulle quali v. G.I. LUZZATTO, *Dolus malus abesto et... iurisconsultus* (*Appunti sull'applicazione del diritto romano nelle provincie*), in *Studi in onore di E. Redenti II* (Milano 1951) 1 ss., poi in *Scritti minori epigrafici e papirologici* (Bologna 1984) 135 ss. V. CIL. 6, 8861, 8862.

Appartengono alla stessa categoria di rapporti ed istituti socialmente rilevanti ma di problematico inquadramento giuridico e comunque di nessun rilievo nella riflessione giurisprudenziale romana, l'adozione testamentaria e la *condicio nominis ferendi*.

L'*adoptio per testamentum* consisteva in una disposizione di ultima volontà, apposta come condizione dell'istituzione di erede, con la quale l'istituito veniva anche adottato nella *familia* del testatore. La sua singolarità consisteva nell'ovvia esclusione di ogni rapporto potestativo tra adottante ed adottato, in quanto la sua efficacia era differita *post mortem testatoris*.

Istituto di origine greca³, è attestata per la prima volta da Cicerone⁴ per Lucio Licinio Scipione, figlio di Scipione Nascia, ed adottato dall'avo Lucio Licinio Crasso. Per le sue caratteristiche, una simile adozione si poneva obiettivamente in contrasto con la tradizione giuridica romana, per la quale l'*adoptio* aveva precipuamente lo scopo di garantire all'adottante un *heres suus*, discendente nei *sacra*, nella *familia*, nel *nomen*⁵, inserendo l'adottato nella struttura agnazia della nuova famiglia⁶.

La *condicio nominis ferendi* era a sua volta la clausola testamentaria con la quale il testatore, senza formalmente adottare l'erede, gli imponeva l'assunzione del suo *nomen*.

Nelle fonti giuridiche si rinvencono tre testimonianze della sola *condicio nominis ferendi*⁷, mentre dell'*adoptio* vi è traccia in testi letterari solo a partire dal primo secolo a.C.⁸

³ Cfr. E. SAGLIO, *sv. Adoptio testamentaria*, in *DS. I.1* (Paris 1877) 79 ss.; R. LEONHARD, *sv. Adoption*, in *RE. I* (Stuttgart 1894) 396 ss.; E. DE RUGGIERO, *sv. Adoptio*, in *DE. I* (Roma 1895) 93 ss.; E. VOLTERRA, *sv. Adozione*, in *NNDI. I.1* (Torino 1957) 286 ss.; G. BRANCA, *sv. Adozione*, in *ED. I* (Milano 1958) 579 ss.

⁴ Cic. *Brut.* 58, 212.

⁵ Sui diritti dei figli come successori v. Liv. *Ab urb. cond.*, 45, 40,7.

⁶ Sugli effetti dell'*adoptio*, nei suoi due aspetti dell'*adrogatio* del *sui iuris* e dell'*adoptio* dell'*alieni iuris* v. Gai. 3, 83; 84; 1, 97-107. V. inoltre E. VOLTERRA, *La nozione dell'«adoptio» e dell'«arrogatio» secondo i giuristi romani del II e del III sec. d.C.*, in *BIDR. LXIX* (1966) 109 ss.; A. TORRENT, *La «adrogatio» en el sistema de las sucesiones universales «inter vivos»*, in *RIDA. XIV* (1967) 447 ss.; C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della «adrogatio»*, in *SDHI. XXXIII* (1967) 129 ss.; M. HORVAT, *Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso VI* (Torino 1974) 45 ss.

⁷ D. 36.1.7 (Maec. 4 *fid.*); D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fid.*); D. 39.5.19.6 (Ulp. 76 *ad ed.*).

⁸ Una rassegna completa delle fonti letterarie recanti menzione dell'*adoptio* testamentaria in B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) 236 ss.

Lo scarso interesse dei giuristi per istituti che pure soddisfacevano la diffusa domanda sociale di perpetuazione oltre la vita del nome e della *dignitas* dei testatori è forse spiegabile con lo stridente contrasto di queste pratiche con i principi della più risalente tradizione giuridica. La *iurisprudencia*, pure attenta a recepire il nuovo nella sfera dei rapporti più immediatamente suscettibili di valutazione economica, era indotta dal suo carattere di scienza sapienziale ed aristocratica a selezionare la propria topica, respingendo nell'indifferenziato settore dei rapporti sociali non giuridicizzabili istituti più immediatamente riconducibili ai diritti personalissimi.

La circostanza che l'*adoptio* sia attestata solo dal primo secolo è, del resto, ulteriore riprova del suo carattere rivoluzionario: infatti, in quest'epoca si evidenzia la crisi irreversibile dell'*adgnatio* a fronte di una piena considerazione degli effettivi vincoli cognatizi. Eppure all'*hereditas*, ormai concepita prevalentemente come mero patrimonio⁹, si è chiamati a succedere in virtù della sola istituzione di erede, indipendentemente dai vincoli di solidarietà familiare con il *de cuius*.

Gli istituti successori, quindi, non tutelavano pienamente l'esigenza di testatori – spesso ben provvisti economicamente ma poveri di affetti familiari, in un'epoca di grave crisi di natalità – a vedere conservata, in una con il patrimonio, nella memoria di un figlio il ricordo di un'esperienza personale sempre irripetibile, cui si collegavano valori quali la *dignitas*, l'*auctoritas*, l'*honor*.

e ntt. 136-139. Le testimonianze non vanno oltre la fine del primo secolo d.C. L'istituto sembra menzionato nel libro Siro Romano al § 37 (*FIRA II* 769), ma come ha dimostrato C.A. NALLINO, *D'alcuni passi del «libro Siro Romano» concernenti le successioni*, in *Atti dell'Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti*, ser. VI, vol. I (1925) 774 ss. in part. 788, 827-828, nel paragrafo in questione si elencavano le classi di successibili *ab intestato*, senza alcuna menzione dell'adozione testamentaria. Anche l'iscrizione neopunica venuta alla luce negli scavi di Leptis Magna, rimontante al 53 d.C. si riferisce ad un istituto di carattere locale e non alla *adoptio* testamentaria romana. Sul punto v. E. VOLTERRA, *L'adozione testamentaria ed un'iscrizione latina e neopunica della Tripolitania*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei CCCXLIX, Rendiconti*, ser. VIII, vol. VII (1952) 175 ss.

⁹ Cfr. B. BIONDI, *Obbietto dell'antica «hereditas»*, in *Iura* 1 (1950) 150 ss.; G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della «hereditas» alla luce del regime dei «sacra»*, in *SDHI*. XXI (1955) 223 ss.; G. FRANCIOSI, *Usucapio pro herede. Contributo allo studio dell'antica hereditas* (Napoli 1965) 74 ss.

Erano questi valori che invece si trasmettevano attraverso l'adozione testamentaria dell'erede o mediante l'attribuzione del nome con la *condicio*.

Sembra pertanto di un qualche interesse tentare una rilettura delle fonti al fine di riaffermare la diffusione e l'importanza di simili pratiche testamentarie in ambiti sociali estesi, cui si accompagnava il loro riconoscimento giuridico attraverso la tutela garantita dal Pretore.

2. La singolare configurazione degli istituti oggetto dell'analisi ha, per la verità, suscitato l'attenzione della dottrina fin dal Cuiacio¹⁰.

Tra le molte tesi si possono individuare due tendenze radicalmente contrapposte. Vi sono, infatti, coloro¹¹ che ritengono che l'adozione attuata per testamento sia rilevante solo socialmente e coincida, per l'efficacia giuridica, con la *condicio nominis ferendi*. Questa tesi sembra confermata dalla circostanza che le testimonianze concernenti le adozioni testamentarie riguardano individui appartenenti alla *nobilitas*, interessati di conseguenza alla trasmissione del *nomen* per ragioni di prestigio e di tradizione familiare. Di qui il rilievo politico assunto dall'adozione testamentaria, che si è accentuato nel principato, a partire dalla celebre adozione di Ottavio, cui sono seguite le numerose adozioni dinastiche, attuate, spesso in forme giuridiche assolutamente improprie¹², dai principi.

I giuristi non avrebbero, quindi, secondo i fautori di codesta tesi, prestato attenzione all'adozione testamentaria in quanto avrebbero concentrato la loro speculazione sul solo effetto giuridicamente significativo, l'attribuzione del nome mediante la clausola del *nomen ferre*.

¹⁰ I. CUIACIUS, *Observationes et emendationes*, in *Opera* III (Napoli 1722) 171.

¹¹ Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II (Lipsia 1901) 246-247, che menziona gli autori più antichi, tra i quali di particolare importanza J.J. BACHOFEN, *Über die testamentarische Adoptio*, in *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts* (Bonn 1848) 228 ss.; v. ancora P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia* I (Roma rist. 1963) 26 ss.; sulla stessa linea, ma con una particolare sottolineatura dell'aspetto politico dell'istituzione, M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento* I (Torino 1966) 192 ss.

¹² Sulle adozioni politiche M.H. PRÉVOST, *Les adoptions politiques à Rome sous la république et le principat* (Paris 1949).

All'adozione testamentaria di Ottavio, da parte di Cesare, si sono rifatti coloro che, invece, sostengono la sua piena efficacia giuridica. Essa sarebbe un procedimento ordinario, consistente nell'*adrogatio* di un *sui iuris*, avente impulso nella disposizione del *de cuius* e conclusa con la conferma in sede di assemblea delle curie¹³.

L'adozione del futuro Augusto presenta effettivamente caratteri particolari rispetto alle successive adozioni politiche degli imperatori, che appartengono alla storia costituzionale del principato, ed ha giustamente offerto spunti per lo studio dell'adozione testamentaria quale istituto privatistico.

È opportuno ritornare sull'episodio solo sommariamente, in quanto altri¹⁴ ne hanno già finemente indagato i vari possibili risvolti.

È noto, infatti, che Cesare istituì eredi il nipote Ottavio insieme a Pinario e Pedio, poi, «*in ima cera*», come narra Svetonio¹⁵, «*Gaium Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit*».

Alle idi di marzo del 44 a.C. Ottavio era ad Apollonia, da dove si recò a Brindisi per qui compiere l'adizione dell'eredità. Da questo momento assume il *cognomen* di Cesare, celebrò sacrifici in onore dell'avo e prese in mano gli affari ereditari.

Fino a questo punto, il comportamento di Ottavio è consono alla tradizione: egli è successore personale di Cesare e ne assume il cognome secondo una risalente consuetudine, sebbene ciò non costituisse un obbligo per l'erede.

Nell'aprile-maggio del 44 Ottavio ripeté l'adizione a Roma davanti al pretore. Per Appiano¹⁶, questa seconda adizione costituì l'atto di accettazione dell'adozione, ma è preferibile pensare ad un errore dello storico antico, e considerarla piuttosto come atto di conferma ufficiale

¹³ Nella vasta letteratura si segnala: W. SCHMITTHENNER, *Oktavian und das Testament Cäsars. Eine untersuchungen zu den politischen. Anfängen des Augustus* (Monaco 1952) 39 ss.; M.H. PRÉVOST, *L'adoption d'Octave*, in *RIDA*. V (1950) 361 ss.; J. PAOLI, *Le testament calatis comitiis et l'adrogation d'Octave*, in *Studi in onore di Emilio Betti III* (Milano 1962) 529 ss. Sulla base della adozione di Ottavio A. LEFAS, *L'adoption testamentaire à Rome*, in *NRH*. XXI (1897) 721 ss., ha costruito la sua tesi rivolta a riconoscere piena efficacia giuridica all'adozione come istituto di antica risalenza.

¹⁴ M. LEMOSSE, *L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario I* (Milano 1953) 371 ss.

¹⁵ Suet. *Caes.* 83.

¹⁶ App. *BC.* 3, 14.

della precedente accettazione¹⁷. Infatti, il pretore non era competente a legittimare quella particolare forma di adozione del *sui iuris* che era l'*adrogatio*; inoltre, le circostanze politiche, il nascente contrasto con Antonio, nominato da Cesare *tutor* testamentario ed erede sostituto, potevano consigliare di confermare solennemente l'adizione dinanzi al pretore, in virtù della facoltà di chiedere al magistrato l'esame e la verifica delle tavolette testamentarie concessa all'erede e ad ogni interessato¹⁸.

Naturalmente, il nuovo Cesare non aveva ancora acquisito alcun titolo per pretendere la successione politica al defunto avo. Antonio, console in carica, come riferito da Dione Cassio¹⁹, rifiutò legittimamente di rendere conto ad Ottavio Cesare dei suoi atti, non suscitando alcuna riprovazione nel futuro principe. Questi, peraltro, si era limitato solo a chiedere al console di punire gli assassini di Cesare e di essere immesso materialmente nel possesso dei beni ereditari, amministrati ancora da Antonio nella qualità di curatore ereditario²⁰.

L'adozione di Ottavio ha, fino agli episodi narrati, un prevalente profilo privatistico e non può in alcun modo essere considerata come una sorta di designazione alla successione dinastica.

Nel settembre del 43, però, Ottavio Cesare, sfruttando anche la carica di console che si trovava a rivestire, si fa adrogare con apposita *lex curiata* ed entra nella *familia Iulia*, assumendone il *nomen gentilizio*.

Secondo il Mommsen²¹ e tutti coloro che sostengono l'efficacia giuridica dell'adozione testamentaria, la *lex curiata* è stata considerata come atto conclusivo e confermativo dell'adozione. In questa visione, la legge curiata è concepita come fase ordinaria del complesso procedimento e non come evento eccezionale determinato dalle straordinarie contingenze dell'ascesa al potere di Ottaviano.

Infatti, gli storici che hanno fatto ritenzione degli avvenimenti descritti non hanno percepito la *lex curiata* come atto inconsueto; essendo atto di natura ordinaria, se ne farebbe menzione solo per l'eccezionalità dei personaggi e ciò spiegherebbe l'assenza di successive testimonianze di ulteriori decisioni comiziali per altre adozioni.

¹⁷ Cfr. M. LEMOSSE, *L'adoption* cit. 381 s.

¹⁸ D. 29.3.1 (Gai. 17 *ad ed. prov.*); D. 29.3.2 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*).

¹⁹ Dio Cass. 44, 36.

²⁰ App. BC. 3, 17.

²¹ TH. MOMMSEN, *Lebensgeschichte des jung. Plinius*, in *Hermes* III (1868) 63 ss.

Per il Mommsen ed i suoi seguaci l'*adrogatio* è, in conclusione, la forma tipica dell'adozione testamentaria e ciò spiega l'assenza di vincoli potestativi, trattandosi di *adsumere in familiam* un *sui iuris*. Rispetto alla semplice *aditio hereditatis*, l'*adrogatio*, con la conseguente *detestatio sacrorum*, consentiva così la conservazione dei *sacra gentilicia*²² della famiglia dell'adrogante, con importanti riflessi sociali e politici. Concepita come forma di realizzazione della successione dinastica, l'adozione testamentaria è così vista come pratica essenzialmente nobiliare.

Indubbiamente, le testimonianze delle fonti riguardano effettivamente famiglie di alto lignaggio e personaggi di rango²³; non così però le fonti che tramandano casi di *condiciones nominis ferendi*, che pure, sul piano dell'efficacia, rappresentano pure esse mezzi di trasmissione del nome.

In realtà, non sembra opportuno eleggere l'adozione di Ottavio a modello paradigmatico dell'istituto dell'adozione testamentaria.

Non vi sono altre tracce di *leges curiatae* del tipo di quella provocata dal futuro Augusto e tutto nel procedimento seguito da Ottaviano sembra eccezionale.

Troppo generica è, poi, la testimonianza di Marcello contenuta in

D. 1.7.38 (Marcell. 26 *dig.*): *Adoptio non iure facta a principe confirmari potest.*

Per il giurista le adozioni non ritualmente compiute possono essere confermate dal principe. Il brano è stato da molti²⁴ considerato co-

²² Sui *sacra gentilicia* e *familiaria* v. Fest. *De verb. sign.*, sv. *publica sacra*, 284 (L.). Sulla *detestatio sacrorum* come atto essenziale dell'adrogazione v. Cic. *De domo* 13, 35; *Orator* 144; Serv. *Ad Aen.* 2, 156; Gell. *Noct. Att.* 15, 29. Cfr. F. DAVERIO, «*Sacrorum detestatio*», in *SDHI.* XLV (1979) 530 ss.; M. LEMOSSE, *L'adoption* cit. 386 ss.

²³ Le fonti, oltre quelle indicate dall'Albanese, di cui alla nota otto, sono in P. BONFANTE, *Corso* cit. 26 nt. 1.

²⁴ Cfr. sul punto A. DELL'ORO, «*Confirmatio adoptionis non iure factae*», in *Labeo*, V (1959) 12 ss.; C. CASTELLO, *L'intervento statuale negli atti costitutivi di adozione in diritto romano*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Genova* XVI (1977) 687 ss.; numerose erano le pratiche adottive irrivali, ad esempio l'*adoptio in fratrem* su cui P. KOSCHAKER, «*Adoptio in fratrem*», in *Studi in onore di Salvatore Riccobono III* (Palermo 1936) 361 ss.; C.A. NALLINO, *Intorno al divieto romano imperiale dell'affratellamento e ad alcuni paralleli arabi*, in *Studi Riccobono* cit. 321 ss.; V. ancora L. MINIERI, *L'adozione del genero*, in *Labeo* 28 (1982) 278 ss.

me prova della possibilità di confermare *adoptiones* testamentarie mediante deliberazioni dei comizi e con l'*auctoritas principis*. Tuttavia, sebbene il passo costituisca significativa attestazione di pratiche adottive debordanti dalle ordinarie forme, non può certo da solo colmare il vuoto dell'assenza assoluta di testimonianze concernenti decisioni comiziali, in tema di adozione testamentaria, successive a quella provocata da Augusto, per poterne addirittura indurne l'esistenza di un procedimento complesso, che proprio per la sua tipicità avrebbe comunque trovato maggiore spazio nella riflessione dei giuristi.

3. Non mancano, tuttavia, tracce, anche di epoca posteriore al primo secolo d.C., età in cui scompaiono menzioni di adozioni per *testamentum*, di condizioni attributive del *nomen*, che rappresentano forme meno solenni del primo istituto. Nelle fonti giuridiche vi sono tre casi in cui affiora la clausola testamentaria, due risalenti all'età di Antonino Pio, l'altra di età severiana.

In tema di fedecommissi ereditari, Meciano in

D. 36.1.7 (Maec. 4 *fid.*): Sai sciendum est impendiorum quoque, quae ad iter explicandum necessaria essent, rationem haberi debere: nam si ita institutus esset 'si Titio decem dedisset', non aliter cogeretur, quam si ei pecunia offeratur. Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit: quid enim si morbo adplicitus Alexandriae iussus fuit adire vel nomen vispelionis testatoris ferre?

discute di alcune ipotesi di condizioni testamentarie particolarmente onerose: tra di esse si individua quella che si concreta nell'assunzione di un nome infamante e turpe, come quello di un becchino, di cui non può essere imposto l'adempimento.

Il passo reca l'attestazione di una pratica non aristocratica, rispondente forse a bisogni più modesti di quelli generati dalle complesse vicende della successione nell'ambito delle famiglie nobili, ma non per questo meno significativi.

Indubbiamente, anche in ambiti sociali non preminenti si tendeva a garantire la sopravvivenza del nome individuale attribuendolo al proprio successore. Anche Gaio è portato a valutare con comprensione siffatte pratiche testamentarie:

D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fid.*): Si vero nominis ferendi condicio est, quam praetor exigit, recte quidem facturus videtur, si eam expleverit: nihil enim male est honesti hominis nomen adsumere, nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc conditionem exigit praetor. Sed tamen si recuset nomen ferre, remittenda est ei condicio, ut Iulianus ait, et permittendae utiles actiones, aut bonorum possessio secundum tabulas danda est, uti nactus actiones transferat eas ex senatus consulto.

Non c'è nulla di male, afferma Gaio, nell'assumere il nome di un uomo onesto e, pertanto, correttamente il pretore garantisce l'adempimento della clausola. Non ne viene tollerata l'esecuzione invece nell'ipotesi di nome turpe ed infamante.

La tutela giuridica è però limitata: per Giuliano infatti non si può imporre la *condicio* a chi la rifiuti, ed in tale caso essa sarà «rimessa», con concessione di azioni utili, della *bonorum possessio secundum tabulas*, e delle azioni nascenti dal senatusconsulto Pegasiano, a commento del quale il brano si dispiega²⁵. La libertà di ogni individuo a scegliersi il nome è per i giuristi prevalente rispetto al pur comprensibile desiderio della perpetuazione del nome da parte del testatore.

La posizione di Gaio e di Giuliano rappresenta il massimo sforzo per i giuristi di comprensione di un istituto imposto da spinte provenienti dal basso della società romana.

4. Il fenomeno della mobilità della onomastica è infatti più esteso di quanto si possa immaginare dalle sole clausole testamentarie fin qui esaminate. La *condicio nominis ferendi* affettava anche atti *inter vivos*. Ulpiano, in

D. 39.5.19.6 (Ulp. 76 *ad ed.*): Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est.

riporta l'opinione di Pegaso, giurista che fu *praefectus urbi* sotto Vespasiano²⁶, capo della scuola proculiana, per il quale, ai fini dell'applicazione

²⁵ Cfr. O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis* I (Graz rist. 1960) 239 nt. 398.

²⁶ Sul giurista v. A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* I (Napoli 1968) 196 e nt. 37.1.5.

della *exceptio legis Cinciae* è da escludersi la donazione, se la promessa di dare cento sia condizionata all'esecuzione della condizione di assunzione del nome del donante.

Dalla più antica adozione testamentaria, attestata solo fino al primo secolo d.C., alle clausole di *nomen ferre* apposte ad atti *inter vivos* o testamenti nel principato si individua una linea evolutiva che non appare avere soluzioni di continuità.

L'esigenza collettiva di base è una sola: trasmettere il nome all'erede o ad un terzo beneficiario. Le forme dell'attribuzione mutano a seconda degli ambiti sociali: per i ceti alti la più solenne adozione testamentaria, per quelli inferiori la più semplice clausola di *nomen ferre*.

Il risvolto di questa più accentuata mobilità dell'onomastica è rappresentato dalla progressiva libertà di assunzione del nome da parte dei cittadini. L'onomastica latina, fondata soprattutto a partire dal terzo secolo d.C. sui *tria nomina*²⁷, era lo specchio di una formazione sociale rigidamente stratificata, gerarchicamente dominata dalla aristocrazia senatoria.

Con il principato si assiste all'ascesa di nuovi ceti, di famiglie senza storia e senza genti, che non appartengono più agli ordini sui quali tradizionalmente si costruiva l'ordine sociale.

Già l'ultimo secolo della repubblica aveva registrato l'insorgere di una vivace domanda di nomi illustri da parte di *homines novi* ambiziosi e spregiudicati. La progressiva soppressione delle liste elettorali precocemente attuatasi nel primo principato, determinò il realizzarsi di una sostanziale libertà di cambiamento del nome.

La pratica, non più confinata nell'ambito degli *arcana imperii*, aveva risvolti anche illeciti. E, ad esempio, il caso, narrato da Cicerone²⁸, dell'adozione di un certo Staïeno, che *se ipsum adoptavit* dive-

²⁷ Sulle implicazioni sociologiche ed antropologiche della complessa onomastica latina cfr. L.R. MENAGER, *Systèmes onomastiques, structures familiales et classes sociales dans le monde gréco-romain*, in *SDHI*. XLVI (1980) 147 ss.; G. FRANCIOSI, *Preesistenza della «gens» e «nomen gentilicium»*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana I* (Napoli 1984) 3 ss.; ID., «*Nomen gentilicium*». A proposito di uno studio recente e di un pregiudizio antico, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino IV* (Napoli 1984) 1577 ss.; H. RIX, *Zum Ursprung des römisch-mittelitalischen Gentilnamentensystem*, in *ANRW*. II (Berlino-New York 1972) 700 s.

²⁸ CIC. *Brutus* 68, 241; *Pro Cluentio* 26, 72. Sull'episodio v. B. D'ORGEVAL, «*Qui se ipsum adoptat*», in *Studi in onore di P. De Francisci II* (Milano 1956) 29 ss.

nendo un *Aelius Paetus*, in virtù di una serie di operazioni più o meno regolari. Probabilmente, infatti, strappò, in cambio di denaro, una *condicio nominis ferendi inter vivos* a qualche membro povero della gente *Aelia*, gravemente decaduta nella tarda repubblica.

La libertà di mutamento del *nomen* è formalmente sanzionata solo da una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 293:

CI. 9.25.1 «*Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Iuliano*»: Sicut initio nominis cognominis praenominis recognoscendi singulos impositio privatim libera est, ita horum mutatio innocentibus periculosa non est. Mutare itaque nomen sive praenomen sine aliqua fraude licito iure, si liber es, secundum ea quae saepe statuta sunt minime prohiberis, nulli ex hoc praeiudicio futuro. *S.XV k. Iun. AA. Conss.*

Ma l'uso era risalente e gli stessi imperatori mostrano di assumere la decisione prendendo atto di una prassi ormai assolutamente innocua, nella misura in cui sono fatti salvi i diritti dei terzi.

Del resto, la singolare onomastica del principato, in cui si registrano individui con un numero impressionante di nomi²⁹, è segnale significativo di una notevole libertà di scelta, cui fa riscontro la perdita di significato giuridico del *nomen*.

Il tramonto delle assemblee popolari eliminò, infatti, ogni ostacolo di ordine pubblico alla facoltà del singolo di appellarsi secondo il proprio arbitrio. Il declino, poi, dell'ordine sociale repubblicano, cui si collegava la particolare e rigida articolazione dei *tria nomina*, rese possibile l'emersione di opzioni personali alla base della scelta di un diverso *nomen*. Il desiderio di assumere un nome illustre era una delle possibili motivazioni, come peraltro fortemente motivati potevano essere coloro che tale nome attribuivano per soddisfare la tensione ad una discendenza propria.

5. L'adozione testamentaria e la *condicio nominis ferendi* erano appunto gli strumenti giuridici più adatti per assicurare il mutamento e la trasmissione del nome. I due istituti non avevano, quindi, un valo-

²⁹ Vedi bibliografia e problemi alla nt. 27.

re solo morale, come sembra credere il Bonfante³⁰. Basta ad escluderlo la circostanza che la clausola di *nomen ferre* era, sia pure in misura limitata, garantita dal pretore.

Inoltre, non priva di effetti giuridici era l'assunzione di una diversa denominazione. Molti culti gentilizi e familiari³¹ erano riservati ai membri della famiglia aventi lo stesso nome.

I sepolcri familiari erano interdetti all'erede estraneo al *nomen*³². Infine, i rapporti di patronato e di clientela non si trasferivano automaticamente in tutta la loro ampiezza in testa all'*heres* estraneo a scapito dei membri della *familia*³³.

Ancora, un altro importante ambito di efficacia delle clausole di trasmissione dei *nomina* era costituito dai circuiti amicali. L'importanza dell'*amicitia* come vero e proprio istituto di diritto privato è stata già sottolineata³⁴. L'esistenza di lunghe catene di solidarietà tra vaste cerchie di amici influenzava, infatti, sia i meccanismi di funzionamento di numerosi rapporti giuridici sia le stesse logiche di selezione e perpetuazione della classe dirigente.

Si soleva, *inter amicos*, reciprocamente attribuirsi lasciti ereditari, spesso accompagnati dal conferimento del nome. Simili atti, tra amici, erano sentiti come doverosi. Così, suscitò pubblica riprovazione, secondo quanto narra Valerio Massimo³⁵, il fatto che Q. Cecilio, zio materno di Pomponio Attico, alla sua morte avvenuta nel 58 a.C., non avesse istituito erede il suo grande ed illustre amico Lucio Lucullo cui aveva consegnato in punto di morte i suoi anelli, ma avesse adottato per testamento il nipote Attico.

³⁰ Corso, o.l.c.

³¹ Cfr. M. LEMOSSE, *L'adoption* cit. 386 ss.

³² V. *supra* nt. 1, per bibliografia e problemi, cui adde «*Sepolcro (dir. rom.)*», in ED. XXVIII (1987) 1 ss. (dell'estr.); «*Sepoltura (dir. rom.)*» *ibid.* 15 ss. (dell'estr.).

³³ V. sul problema tra gli ultimi G. FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patronaffranchi à la fin de la république romaine* (Roma 1981).

³⁴ Cfr. B. ALBANESE, *La struttura della manumissio inter amicos. Contributo alla storia dell'amicitia romana*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo* XXIX (1962) 5 ss.; ID., *L'«amicitia» nel diritto privato romano*, in *Jus* XIV (1963) 130 ss.; F. SENN, *La notion d'amitié et ses applications dans le domaine du droit*, in *Annales Universitatis Saraviensis* IV (1955) 299 ss.; J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, (Bruxelles 1962).

³⁵ Val. Max. *Fact. et dict. mem.* 7, 8, 5.

Rispettoso, invece, dei suoi doveri fu *P. Dasumius Tuscus* che, nel suo testamento³⁶, in primo luogo istituì erede il figlio del suo *amicus rarissimus* *P. Tullio Varro* a condizione che l'erede designato fosse autorizzato dal genitore a portare il nome del testatore, in secondo luogo lasciò ricchi legati al complesso dei suoi amici.

L'importanza di questi comportamenti rivolti alla diffusione, all'interno dei gruppi, dei nomi dei singoli appartenenti nonché di altri simboli di affratellamento è stata da lungo tempo sottolineata dalla sociologia dei gruppi comunitari e delle élites³⁷.

Questi raggruppamenti umani hanno in sostanza la necessità di riconoscere la propria identità in segni di appartenenza, che possono essere rappresentati, tra l'altro, proprio dai vincoli di filiazione, seppure putativa, oppure da una comune onomastica.

Non sembra, quindi, discutibile la rilevanza giuridica e sociale della *condicio nominis ferendi* come forma giuridica di attività diffuse a strati più vasti della ristretta fascia di aristocratici di alto lignaggio. Come, ancora, appare probabile la sostanziale identificazione tra adozione testamentaria e clausola di *nomen ferre* nella prospettiva «bassa» della pratica socialmente articolata.

6. In tema di clausola di attribuzione del nome, un ulteriore problema è costituito dalla possibilità di accettare l'eredità senza assunzione del nome da parte dell'erede designato *cum nomine*.

Questo comportamento è ritenuto riprovevole. In proposito, è il caso di richiamarsi a Cicerone³⁸ che narra la strana vicenda di alcuni che portarono dalla Grecia a Roma il falso testamento di L. Minucio Basilo, che istituiva erede due personaggi di grande prestigio, M. Crasso il triumviro e O. Ortensio, l'oratore amico di Cicerone. I due, pure essendo consapevoli della non autenticità del testamento, accettarono l'eredità suscitando il biasimo dell'Arpinate, per il quale non era giusto che, avendo voluto Basilo dare il suo nome a M. Satrio, figlio di una sua sorella e fatto anche suo erede, a questi ultimo non rimanesse nulla se non il nome.

³⁶ *FIRA*. III 132, n. 48.

³⁷ Prima informazione, con ampia bibliografia in L. GALLINO, *sv. Gruppo*, in *Dizionario di sociologia* (1978) 339 ss.

³⁸ *Cic. De off.* 3, 18, 73-74.

Nella visione dell'oratore testamento e nome sono necessariamente connessi per una ragione di opportunità e giustizia.

Solo eccezionali circostanze potevano consentire di accettare l'*hereditas* e non il nome. Così, secondo Svetonio³⁹, Tiberio, adottato per testamento da Marco Gallio, accettò l'eredità ma non portò il nome, perché Gallio era stato del partito avversario di Augusto. Svetonio narra i fatti mostrando di considerare come effetto naturale dell'*aditio* il *ferre nomen* e come puramente opportunistico il rifiuto di Tiberio.

Per i giuristi, tuttavia, coma attestato da Gaio nel brano già commentato⁴⁰, era possibile ottenere la *remissio* della *condicio*: evidentemente era più importante tutelare la libertà individuale che la solidarietà familiare.

In realtà, la connessione tra *nomen* ed *hereditas* era molto più intima di quanto *prima facie* potesse apparire.

La clausola testamentaria di attribuzione del nome aveva assunto, soprattutto nel principato, la funzione di trasferire l'intera denominazione familiare e non il solo *nomen gentilicium*. Il termine *nomen* aveva, così, assunto una complessa pregnanza con connotati patrimonialistici, come provato da molti testi giuridici in cui *nomen* ha il senso di *res* o quello più specifico di *res corporalis*⁴¹.

Il *nomen familiae* rappresentava quindi un organismo complesso, fatto di beni e di tradizioni, di valori patrimoniali e morali. E questo organismo composito che la legislazione da Augusto in poi tende a tutelare. Non a caso i *senatusconsulta* Pegasiano e Trebelliano, con la previsione della misura della quarta a favore del fiduciario accettante e di *actiones utiles* a tutela del fideicommissario⁴², puntavano alla conservazione del *nomen familiae* contro le possibili dispersioni provocate dalle divisioni conseguenti alla mancanza di una discendenza che fosse immediatamente in grado di gestire l'*hereditas*. Ebbene, le pochissime testimonianze giuridiche della *condicio nominis ferendi* si rinvencono in tema di fedecommissi ereditari, a riprova di un possibile legame

³⁹ Suet. *Tib.* 6.

⁴⁰ D. 36.1.65.10 (Gai. 2 *fid.*).

⁴¹ Cfr. G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani* (Napoli 1978) 104 s. e nt. 20 di p. 114.

⁴² Cfr. A. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum* (Oviedo 1971); su cui v. anche *rec.* di G. MELILLO, in *Labeo* 23 (1977) 107 ss.

non occasionale tra attribuzione del nome e tutela del patrimonio familiare.

In conclusione, l'adozione testamentaria e la clausola di *nomen ferre* rappresentano aspetti di un unico fenomeno giuridico: quello della trasmissione del nome al di fuori degli istituti dell'adozione ordinaria. Fenomeno diffuso in senso verticale nella società romana e di cui l'*adoptio per testamentum* costituisce la pratica aristocratica, propria delle famiglie di rango, del periodo tardo repubblicano, solo eccezionalmente confermata dai *comitia curiata*.

Il fatto ha le sue cause nel tramonto della struttura agnaticia della famiglia e nell'esigenza di trovare nuove ragioni per la tutela del *nomen familiae*, considerato come complesso di patrimonio e tradizione, nei vincoli di filiazione e di discendenza che legano i membri del gruppo cognatizio.

VIII

VICENDE DELLA «RES» E PERMANENZA DELLA «CAUSA»

1. Nelle moderne dottrine civilistiche la causa rappresenta un problema di notevole complessità¹ per la difficoltà di determinarne lo statuto dottrinario in rapporto alla fondamentale ambiguità dell'elemento causale, in cui fattori soggettivi e strutturali si legano inseparabilmente nelle figure negoziali tipiche come in quelle atipiche.

Anche più complesso è il problema in diritto romano, dovendosi tenere conto dell'articolazione degli strumenti negoziali, dai *pacta* ai *contractus*² e del processo di lenta stratificazione storica, che ne deter-

¹ La vasta bibliografia è in parte reperibile in: E. BETTI, *sv. Causa del negozio giuridico*, in *NNDI*. III (1959) 32 ss.; M. GIORGIANNI, *sv. Causa (dir. priv.)*, in *ED*. VI (1960) 547 ss.

² Sulla negozialità romana è andata negli ultimi anni formandosi una letteratura ragguardevole. Un quadro d'insieme è offerto da G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* (Torino 1963) anche con riferimenti alla letteratura meno recente; v. anche P. VOCI, *La dottrina romana del contratto* (Milano 1946). Sui *pacta*, come strumento pieno della negozialità, v. A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du prêteur* (Paris 1958) 76 ss., che innova rispetto alla tesi della dottrina tradizionale che (sulla scia del C. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, in *St. Senesi* [1890] 85 ss.; 8 [1981] 3 ss.) ritiene invece che essi avrebbero avuto effetto unicamente estintivo; sul punto v. tra gli ultimi G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in *ANRW*. II.14 (Berlin-New York 1982) 449 ss.; G.G. ARCHI, *Ait praetor: 'Pacta conventa servabo'. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum perpetuum*, in *Festgabe für U.v. Lübtow* (Berlin 1980) 373 ss., ora in *Scritti di diritto romano I* (Milano 1981) 481 ss. Per la formazione della teoria romana del *contractus* S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt in klass. röm. Recht*

minò disomogeneità strutturali e funzionali. La scarsità di contributi dedicati specificamente alla trattazione della causa in quanto categoria generale³ può, in questa luce, apparire legata all'impossibilità di tracciarne un profilo definito, senza appiattirne i molteplici aspetti per via di una lettura delle fonti pregiudicata da guglie dogmatiche.

Vi è, comunque, consenso⁴ nell'individuare nell'evoluzione della negozialità romana la lenta emersione delle *causae*⁵, dagli spunti dei

(Köln-Graz 1964); H.P. BENÖHR, *Das sog. Synallagma in d. Konsensualkontrakten d. klass. röm. Rechts* (Hamburg 1965); A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano* (Napoli 1971); G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano* (Torino 1970) 389 ss.

³ Sono di carattere prevalentemente filologico gli studi del V.A. GEORGESCO, *Essai sur le mot «causa» dans le latin juridique. Etude de philologie juridique*, estr. da *Revista Clasica* 6-7 (1934-35) (Bucarest 1936) 4 ss. [= *Le mot causa dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain* (Paris-Bucarest 1940) 127 ss.]; ID., *Causa, contractus, conventio. Contribution à la théorie générale du contrat en droit romain*, in *Études cit.* 309 ss. Brevi profili dell'argomento tracciano: R. LEONHARD, *sv. Causa*, in *RE*. III.2 (Stuttgart 1899) col. 1809 ss.; E. BETTI, *sv. Causa (dir. rom.)*, in *NNDI*. III (1959) 30 ss.; G. GROSSO, *sv. Causa (dir. rom.)*, in *ED*. VI (1960) 532 ss. Cfr. pure E. BETTI, *Diritto romano I (parte generale)* (Padova 1935); ID., *Istituzioni di diritto romano I*² (Padova 1942, rist. 1947) 126 ss. e lett. ivi cit. Vanno, ancora, segnalati gli studi del S. CUGIA, *L'espressione «mortis causa»*. *Diritto romano classico e giustiniano* (Napoli 1910) e le brevi ma suggestive considerazioni del A. DIAZ BIALET, *La 'Causa' en el derecho romano como principio de la ciencia del derecho*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra I* (Milano 1971) 365 ss.; v. anche M. BECK-MANNAGETTA, *Geschäftsgrundlage. Voraussetzung und «causa»*, in *Index* 3 (1972) 514 ss.

⁴ Un quadro d'insieme dell'evoluzione della negozialità romana è tracciato da M. KASER, *Das röm. Privatrecht* 1² (München 1971) 527 ss.; 2² (München 1975) 360 ss., con bibliografia (adde quella richiamata *supra* nt. 2).

⁵ Sul rapporto tra evoluzione della *stipulatio* ed emersione delle *causae* v. S. RICOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, in *ZSS*. 43 (1923) 262 ss.; G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini, pubblicati dalla R. Università di Pavia* (Milano 1946) 661 ss., ora in *Scritti* 3 (Milano 1981) 1779 ss.; ID., *Dal formalismo negoziale repubblicano al principio giustiniano «cum sit iustum voluntates contrahentium magis quam verborum conceptionem inspicere»* (C. 1.8.16(17),9), in *SDHI*. 46 (1980) 1 ss. ora in *Scritti I cit.* 443 ss.; M. TALAMANCA, *«Conventio» e «stipulatio» nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa réception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973* (Varsovie 1978) 195 ss.

giuristi del primo principato fino alle più mature posizioni dei giuristi severiani⁶, in direzione di una migliore tutela dei contraenti.

Di qui l'attenzione su negozi caratterizzati dall'«astrattezza», e, in particolare, sul problema della *causa stipulationis*⁷; la *stipulatio*, in quanto negozio solenne obbligatorio di antica derivazione⁸, ha assunto un ruolo paradigmatico, su cui è sembrato opportuno misurare la capacità della giurisprudenza di superare il formalismo attraverso l'attenta considerazione della volontà e degli interessi delle parti.

In questa sede, ci proponiamo di individuare, all'altezza delle teorizzazioni del terzo secolo, quando si realizza il lungo *iter* di elaborazione, un momento significativo di maturazione della «causa», non come categoria dogmatica autonoma, ma in relazione alle vicende della *res* nelle *stipulationes in dando*.

2. Ricco di suggestioni sul tema è:

D. 45.1.83.5 (Paul. 72 *ad ed.*): Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum atti basilicam) aut homi-

⁶ Basti ricordare D. 2.14.7.4, in cui Ulpiano riferisce il dibattito risalente ad Aristone e coinvolgente Celso, Mauriciano e Giuliano sull'importanza della categoria causale al fine della tutela dei contraenti; cfr. VOCI, *La dottrina romana* cit. 244 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano* cit. 87 ss.; A. MAGDELAINE, *Le consensualisme* cit. 40 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi* cit. 178 ss.; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali* cit. 498 ss.

⁷ Cfr. J.G. WOLF, *Causa stipulationis* (Köln-Wien 1970) 1 ss., ivi bibl. p. 2 nt. 4. Tra le recensioni v.: M. LEMOSSE, in *RH.* 48 (1970) 642, C.A. CANNATA, in *SDHI.* 37 (1971) 394 ss., R. MARTINI, in *Index* 2 (1971) 348 ss., A. SCHIAVONE, in *Iura* 22 (1971) 205 ss., G. GROSSO, in *Labeo* 18 (1972) 89 ss., A. WACKE, in *T.* 40 (1972) 231 ss., H. HONSELL, in *ZSS.* 92 (1975) 328 ss. Cfr. pure H. SIBER, *Röm. Recht in Grundzügen für die Vorlesung. 2. Röm. Privatrecht* (Berlin 1928, rist. 1968) 177; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI.* 9-10 (1943-44) 101 ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni* (Milano 1953) 340 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*⁴ (Milano 1965) 442; M. KASER, *Das röm. Privatrecht* cit. 1², 541 ss. e nt. 32.

⁸ Per l'origine e la storia del negozio v. F. PASTORI, *Osservazioni intorno alla sponsio romana*, in *SDHI.* 13-14 (1947-48) 217 ss.; ID., *La genesi della stipulatio*, in *Studi in onore di Emilio Betti* (Milano 1962) 567 ss.; R. DÜLL, *Zur röm. Stipulatio*, in *ZSS.* 68 (1951) 191 ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio* cit. 217 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, «Sponsio» e «stipulatio» nella terminologia romana, in *BIDR.* 65 (1962) 193-222 [= *Scritti di diritto romano* 4 (Napoli 1977) 193-222]. Accide le considerazioni del M. TALAMANCA, «Conventio» e «stipulatio» cit. 197 ss. sugli svolgimenti storici della *stipulatio*. Per ulteriore bibl. v. M. KASER, *o.c.* I², 168 ss. e nt. 21; 2², 576.

nem liberum inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relictis in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. Nam et cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit, nec revocantur in obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus; ex libero servus effectus sit. Quoniam una atque eadem causa et liberandi e: obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit: nam et si navem, quam spondit, dominus dissolvit et isdem tabulis compegenit, quia eadem navis esset, incipere obligari. Pro quo et illud dici posse Pedius scribit: si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo, donec nascatur; et si natum sine culpa promissionis consumptum sit, rursum exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit; et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem. Sed haec dissimilia sunt: adeo enim, cum liber homo promissus est, servitutis tempus spectandum non esse, ut ne haec quidem stipulatio de homine libero probanda sit: 'illum, cum servus esse coeperit, dare spondes?' item 'eum locum, cum ex sacro religioso profanus esse coeperit, dari?' 'quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest et ea dumtaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem. Vini autem non speciem, sed genus stipulari videmur et tacite in ea tempus continetur: homo liber certa specie continetur. Et casum adversamque fortunam spectari hominis liberi neque civile neque naturale est; nam de his rebus negotium recte geremus, quae subici usibus dominioque nostro statim possunt. Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit: stadi de aedibus deposita tigna ea mente, ut reponantur, aedium sunt, sed si usque ad aream deposita sit, licet eadem materia restituatur, alia erit. Hic tractatus ad praetorias stipulationes pertinet, quibus de re restituenda cavetur et an eadem res sit, quaeritur⁹.

⁹ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis* 1 (Leipzig 1889, rist. Graz 1960) col. 1088 s., n. 798, colloca il brano sotto la rubrica «*De stipulationibus*» del libro 72 *ad edictum*. Egli ritiene che nei libri 72, 73 e nella prima parte del libro 74 si trattasse generalmen-

La ricchezza teorica del brano ha da tempo attirato l'attenzione degli studiosi¹⁰, con prevalente riferimento alla dottrina dell'impossibilità della prestazione¹¹ per altro verso la critica interpolazionistica ha sospettato non pochi squarci del passo¹².

te delle stipulazioni comuni e pretorie. Nella palingenesi di Pedio il Lenel, *o.c.* 2, col. 8, n. 52, colloca, invece, il passo sotto il titolo di un'opera «monografica», «*De stipulationibus*»: ma C. FERRINI, *Sesto Pedio*, in *RISG.* 1 (1886) 34-46, ora in *Opere* 2 (Milano 1929) 39-52, sostiene che i *libri de stipulationibus* facessero al contrario parte dei *libri ad edictum*, ritenendo che la citazione di Paolo, contenuta in D. 12.1.6, «*Pedius libro primo de stipulationibus*», si riferisse ai Commentari all'Editto, in base alla consuetudine di citare come opere a se stanti e con separata numerazione parti particolarmente estese dei commentari stessi [su queste opere cfr. A. GUARINO, *Libri ad*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* 2 (Napoli 1964) 768 ss.]. O. LENEL, *o.c.* 2, col. 8, nt. 1, oppone che tale modo di citazione non risulta essere in uso nell'età di Paolo ed inoltre che nei frammenti di Pedio collocati sotto il titolo «*De stipulationibus*» (D. 12.1.6 = n. 51; D. 45.1.83.5 = n. 52) non vi sia nulla che attenga all'interpretazione dell'Editto. I brani, così, rappresenterebbero un commento di tipo teorico sviluppatosi in relazione al tit. 45 «*De stipulationibus*» dell'editto pretorio nella ricostruzione leneliana [*Das Edictum perpetuum*³ (Leipzig 1927, rist. Aalen 1956) 514 ss.].

¹⁰ I. CUIACIUS, *Opera*² VI (Prato 1862) col. 627 s. apre infatti la *recitatio* relativa al brano con le parole: «*In hoc multa et praeclara de iure continentur*».

¹¹ Cfr. per tutti C.A. CANNATA, *Appunti sull'impossibilità sopravvenuta e la «culpa debitoris» nelle obbligazioni da «stipulatio in dando»*, in *SDHI.* 32 (1966) 66 ss., ora in *Id.*, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico* (Milano 1966) 58 ss., con ampia bibliografia. Il brano reca peraltro spunti di notevole interesse per i frequenti ipotizzati mutamenti di *status* delle persone; in proposito, per la letteratura e problemi, v. F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato*, in *AA.VV.*, *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Torino 1976) 315 ss. Sulle *res divini iuris* v. G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. Le cose I* (Milano, 1945) 44 ss.; bibl. in F. FABBRINI, *sv. Res divini iuris*, in *NNDI.* XV (1968) 510 ss.

¹² V. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* 3 (Weimar 1935) col. 386 s. Dopo le distruttive critiche di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen* 1 (Tübingen 1910) 111; *Id.*, *Miszellen*, in *ZSS.* 45 (1925) 451 s., e le più misurate osservazioni di F. VASSALLI, «*Dies vel condicio*». *Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR.* 27 (1915) 192 ss., in part. 211-213 (= *Studi giuridici* 1 (Roma 1939) 223 ss. = *Studi giuridici* 1 (Milano 1960) 223 ss., in part. 242-243] e di V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari II. In tema di adiudicatio*, in *BIDR.* 32 (1922) 22 nt. 1 [= *Scritti di diritto romano* 2 (Napoli 1974) 22 nt. 1], un'attenta opera di recupero della lettera e dei valori del testo è compiuta da A. GUARNERI CITATI, *En matière d'affranchissements frauduleux*, in *Mélanges Cornil* 1 (1926) 476 nt. 1; *Id.*, *Ricostruzione dell'edificio e ripristino della servitù di stillicidio*, in *RIL.* 59 (1926) 147 ss., in part. 155 ss.; *Id.*, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *AUME.* 1 (1927) nt. 2. Del

A nostro avviso, la sostanziale genuinità non è disconoscibile: i singoli casi, infatti, sono disposti nel discorso secondo una logica continua, congruente al principio della possibilità della sussistenza dell'*obligatio ex stipulatu* solo quando l'oggetto della prestazione sia *in rerum natura*¹³.

Ricostruiamone analiticamente l'*iter*. In primo luogo sono esaminate ipotesi diverse di impossibilità giuridica della prestazione, che determinano per Paolo la definitiva estinzione dell'obbligazione, anche se, successivamente, venga meno lo stato di incommerciabilità della *res*¹⁴. La cosa sacra o religiosa o permanentemente destinata (*in perpetuum relictam*) alla pubblica utilizzazione, o l'uomo libero non possono essere oggetto di una *stipulatio* anche se, in un momento posteriore, la *res* ridiventi *profana*, ed il libero servo.

Alle precedenti ipotesi è assimilata l'obbligazione di *dare*¹⁵ la *res profana* o *Stichus* quando successivamente la *res* diventi *sacra* e lo

resto, già C. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fidecommessi* (Milano 1889, rist. Roma 1976) 596, pure ammettendo la possibilità di qualche rimaneggiamento della frase «*sicut alia erit*», poneva in luce, anche per quel punto, la chiarezza di pensiero. G. GROSSO, *Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche?* (Torino 1966) 48 ss., 78 ss., pure accennando alla possibilità di alterazioni, accetta la sostanza dottrina espressa dall'intero brano. Cfr. anche C.A. CANNATA, *Per lo studio cit.* 65.

¹³ Sulla valenza filosofica della regola *impossibilium nulla obligatio*, collegata alla possibilità dell'esistenza della cosa *in rerum natura*, v. E. RABEL, *Origine de la règle: «Impossibilium nulla obligatio»*, in *Mélanges Gérardin* (Paris 1907) 473 ss.

¹⁴ Fondamentale ancora per il concetto di impossibilità della prestazione F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht I: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihren Einfluss auf obligatorische Verhältnisse* (Braunschweig, 1853); per un quadro più aggiornato dello stato del problema cfr. P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)* 1.1 (Milano 1969) 125 ss., lett. cit. nt. 1; G. GROSSO, *Obbligazioni cit.* 43 ss.

¹⁵ Il problema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione in una *stipulatio in dando*, con la connessa eventuale responsabilità del debitore, riassuntivamente illustrato da C. FERRINI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato «per damnationem» di una «res certa»*, in *RIL.* 33 (1900) 697-705, ora in *Opere* (1930) 207 ss. (cfr. P. VOCI, *La dottrina romana cit.* 137 ss.), è ampiamente dibattuto da: E. GENZMER, *Der subjektive Tatbestand des Schuldnerverzugs im klass. röm. Recht*, in *ZSS.* 44 (1924) 86 ss., 100 ss., 121 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² (1935 rist. Napoli 1958) 9 ss.; M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI.* 20 (1954) 162 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano. Corso 1957-58* (Roma 1958) 50 ss.; M. KASER, «*Perpetuari obligationem*», in *SDHI.* 46 (1980) 87 ss., in part. 98 ss. Per il diritto giustiniano v. G. LONGO, *Casi di impossibilità*

schiaivo libero: il debitore è liberato per l'impossibilità, da lui non causata, di adempiere l'obbligazione di cui si è estinto l'oggetto. Del resto, l'*obligatio* non si ripristinerebbe quand'anche *rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit el Sticbus ex libero servus effectus sit*.

A questo punto viene riferita nel testo una motivazione – che appare comune a Pedio¹⁶ – di notevole importanza teorica: «*quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit*». Poiché, cioè, una e sempre identica è la *causa* e del *liberare* e dell'*obligare* – causa per cui la *res* può essere data o non può essere data – il debitore *incipit obligari* ove si ricostituisca lo stato di commerciabilità dell'oggetto. Infatti, anche se la nave, dissolta dal *dominus*, è poi ricostruita *isdem tabulis*, essa è dovuta in quanto *eadem navis esset* e l'obbligazione, con il mutarsi delle circostanze di fatto, è nuovamente esigibile.

A favore di tale impostazione Pedio¹⁷ (*pro quo et illud dici posse Pedius scribit*) adduce la *ratio decidendi* adottata nel caso della promessa di cento anfore di vino provenienti da un determinato fondo: se il vino, dopo la «nascita», per una qualche causa, perisce, è necessario *expectare* la nuova produzione affinché *dari possit*. Attraverso queste vicende, secondo Pedio, la *stipulatio aut cessatura aut valitura est*.

Ma, afferma Paolo, queste sono ipotesi diverse (*sed haec dissimilia sunt*): se si promette un uomo libero, non si deve attendere che si realizzi lo *status servitutis*, in quanto l'oggetto della prestazione non è all'atto del perfezionamento del negozio suscettibile di *obligatio* (*quia nec praesentis temporis obligationem recipere potest*) ed inoltre solo le cose che «*natura sui possibilia sunt*» sono deducibili *in obligationem*¹⁸. Non sono, quindi, ammissibili *stipulationes* del tipo: «*illum, cum servus*

della prestazione nel diritto giustiniano, in *AUMA*. 10 (1934) 213 ss.; E. BETTI, «*Periculum*». Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, in *Studi in onore di P. De Francisci* 1 (Milano 1956) 133 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana* (Bari 1966) 39 ss.

¹⁶ Su Pedio cfr. la scheda prosopografica e bibliografica in *Appendice* a cura di G. DE CRISTOFARO in F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei* (Napoli 1980) 280 ss., n. 7.

¹⁷ Cfr. C. FERRINI, *Sesto Pedio* cit. 39.

¹⁸ E. RABEL, *Origine* cit. 503 e nt. 1 vede nel brano «*de his-possunt*» un'interessante conferma della regola che prescrive l'immediata disponibilità della *res*, nella sua concretezza corporale, per l'esistenza di una valida *stipulatio*. Regola, peraltro, affermata in altri passi paolini: cfr. D. 18.1.34.1; D. 45.1.137.4.

esse coeperit, dare spondes?» o «*eum locum, cum ex sacro religiosove profanus esse coeperit, dari?»*.

Nel caso del vino, peraltro, si promette un *genus* e non una *species* e ciò giustifica la persistenza dell'obbligazione generica in quanto il «*genus perire non potest*».

La promessa di un uomo libero, invece, concerne una *species*; e, afferma Paolo, ponendo in luce la *ratio* dell'argomentazione giuridico-formale per la quale aveva affermata la nullità di tale promessa, non è «*civile neque naturale*» attendere la caduta in servitù di un uomo libero¹⁹.

Di conseguenza, *recte geremus* solo delle cose che possono immediatamente (*statim*) essere sottoposte «*usibus dominioque nostro*»²⁰. Il giurista, così, distingue il caso della demolizione della nave, attuata al fine della ricostruzione, da quello in cui solo la mutata intenzione del *dominus* ne ha reso possibile la *refectio* con *tabulae* prima destinate ad altro uso.

Nella prima ipotesi, la nave è considerata come mai distrutta e, una volta rifatta con le stesse tavole²¹, conserva la primitiva individualità: sicché, non essendo mutato, né venuto meno, l'oggetto, l'*obligatio* sussiste, ed il debitore resta vincolato.

Nella seconda, al contrario, difetta il vincolo di destinazione che, nella *mens domini*, collega la *resolutio navis* con la *refectio*: allora, l'*obligatio* si estingue per il venire meno dell'oggetto.

Infine, anche nel caso della demolizione parziale di edificio altrui gioca l'elemento volontario nel determinare la persistenza del vincolo obbligatorio: se le travi vengono asportate dall'edificio al solo scopo di reinfiggerle, appartengono all'edificio stesso. Non si muta l'identità dell'oggetto che viene meno in caso di totale distruzione, anche se si dovesse integralmente ricostruire il manufatto *eadem materia*.

¹⁹ Questo squarcio di D. 45.1.83.5 è stato, a nostro avviso, non giustamente sospettato. Il richiamo alla *civilitas* ed al diritto naturale è presente nel pensiero di Paolo come già, in precedenza, nei giuristi, soprattutto a partire dal secondo secolo. Cfr., tra le molte testimonianze, D. 4.5.8 (Gai. 4 *ad ed. prov.*); D. 35.1.40.3 (Iav. 2 *ex post. Lab.*); D. 23.2.66 (Paul. 2 *sent.*); D. 38.10.10 (Paul. *l. s. de grad. et adfin. et nom. eor.*).

²⁰ È una espressione paolina non sospettabile: la si ritrova, infatti, in D. 18.1.1, tratto dal libro 33 *ad edict.*, su cui da ultimo G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma. Contributo al lessico economico dei giuristi romani* (Napoli 1978) 33 ss., 72 nt. II, *ivi* lett.

²¹ Requisito da non intendere con rigidezza: cfr. C.A. CANNATA, *Per lo studio* cit. 67 nt. 3.

Lo schema logico con cui si risolve l'ultimo caso esposto sembra identico a quello utilizzato nell'ipotesi della nave²². L'apparente diversità della casistica, limitata alla sola ipotesi di demolizione parziale dell'edificio con esclusione di quella totale, da altri²³ giustificata anche con ragioni teoriche, è probabilmente determinata dalla considerazione che Paolo non poteva lasciare il discorso ad un livello di astrazione tale da delineare una gamma problematica che rasentasse l'assurdo. In altri termini, non poteva trattare dell'eventualità di una totale distruzione dell'edificio e della successiva integrale ricostruzione *eadem materia* senza dedurne una sostanziale nuova identità.

3. Il discorso del giurista severiano, rigorosamente impostato per strutture problematiche probabilmente di scuola, è notevolmente complesso. Esso, infatti, lungi dal limitarsi a tramandare le sole opinioni dell'autore, sembra trasferire – in riconoscibile rapporto con altri passi del Digesto²⁴ – una travagliata disputa sulla possibilità di pervenire, attraverso l'elemento causale, alla conservazione di *stipulationes* minate dall'impossibilità temporanea della prestazione.

Paolo, infatti, focalizza la sua riflessione intorno all'ammissibilità della motivazione – da lui riportata nello squarcio «*quoniam-possit*», e comune a Pedio – che fonda la possibilità dell'immediata «reviviscenza» del vincolo obbligatorio, una volta che sia ripristinata la commerciabilità della *res*, sulla permanenza dell'elemento causale.

Per intendere pienamente la portata di questa dottrina e la sua collocazione nell'ambito del pensiero paolino è necessario ricordare la ricorrente attribuzione, a partire dal Cuiacio²⁵, di quella posizione a Celso, sulla base della reintegrazione della frase «*quoniam-obligari*»: dal *principium* sarebbero cadute le parole «*Celsus tamen contra visum est*» (o altre di eguale tenore).

L'emendamento consentirebbe di scorgere un contrasto di opinioni tra Celso e Paolo a proposito dell'esigibilità di un'obbligazione,

²² Sul caso di cui si discute cfr. tra gli ultimi J.L. MURGA, *Sobre una nueva calificación del «aedificium» par obra de la legislación urbanística imperial*, in *Iura* 26 (1975) 57.

²³ C.A. CANNATA, *Per lo studio* cit. 70 s. nt. 1.

²⁴ V. il fondamentale D. 46.3.98.8 su cui *infra*.

²⁵ I. CUIACIUS, *o.c.* col. 627.

una volta ripristinata la possibilità della prestazione. Celso, infatti, ammetterebbe tale effetto come conseguenza immediata ed automatica della ricostituzione dello stato di commerciabilità della *res*, in rapporto alla permanenza dell'elemento causale e dell'originaria identità dell'oggetto dell'*obligatio*. Paolo, invece, consentirebbe con Celso solo quando non fossero violate norme morali e fossero presenti, come nei casi della nave e dell'edificio, due circostanze: l'identità della *res* e la *mens domini*.

La tesi del Cuiacio risulta recepita nella tradizione romanistica, poiché la teoria di Celso appare confermata da D. 46.3.98.8 e da D. 32.79.2: nei quali il giurista adrianeo (lo vedremo di qui a poco) decide fattispecie analoghe sulla base della medesima *ratio decidendi*.

Se è accettabile la ricostruzione del pensiero celsino meno sicura, ovviamente, è l'integrazione sul piano strettamente testuale: non l'accetta difatti il Mommsen (pur facendone menzione) nella sua edizione critica²⁶, ed il Lenel²⁷, a sua volta, non inserisce il brano nella palinogenesi dei *Digesta* di Celso. Lo Stella-Maranca²⁸, infine, accoglie il passo tra quelli collocati nel ventiseiesimo libro (*De stipulationibus*) della stessa opera, dando però conto della tradizione solo indiretta che consente tale attribuzione.

A nostro avviso, è preferibile seguire sul punto il Ferrini²⁹: la motivazione contenuta nella frase «*quoniam obligari*», addotta da Paolo, è tratta da un giureconsulto classico, il cui nome è andato perduto, e che solo presumibilmente può essere identificato con Celso.

Si può, dunque, da una parte prescindere da una problematica attribuzione a Celso della motivazione riportata da Paolo, fermo restando invece che altrove (D. 32.79.2, D. 46.3.98.8) il giurista adrianeo dimostra di condividere pienamente quella tesi. La risalenza al secondo secolo del principio, dall'altra, appare sicura per le posizioni con esso coerenti assunte da Pedio e Gelso. Il fatto, poi, che il giurista severiano ritenga necessario darne testimonianza, pur procedendo a sottili distinguo ed osservazioni critiche, conferma l'importanza della disputa.

²⁶ TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti (ed. maior)* 2 (Berlino 1870, II rist. 1963) 863 nt. 2.

²⁷ *Palinogenesi* cit. 1, col. 161 s., nn. 219-226.

²⁸ F. STELLA-MARANCA, *Intorno ai frammenti di Celso* (Roma 1915) 152, n. CCXXII.

²⁹ *Sesto Pedio* cit. 43.

In questa interpretazione D. 45.1.83.5 contribuisce a delineare un dibattito in cui Paolo si colloca in posizione di relativa continuità con la tradizione giuridica del secondo secolo, arricchendola di più spinte articolazioni, attraverso una raffinata utilizzazione dello strumentario logico.

4. La chiave per intendere la posizione paolina è in D. 46.3.98.8 che, collegato per molti aspetti al frammento appena esaminato, comprende una casistica più ampia, forse per la natura dell'opera cui apparteneva³⁰, sicché anche più esplicite appaiono le ragioni teoriche dell'argomentare:

D. 46.3.98.8 (Paul. 15 *quaest.*): Aream promisi alienam: in ea dominus insulam aedificavit: an stipulatio extincta sit, quaesitum est. Respandi, si alienum hominem promisi et is a domino manumissus est, liberor. Nec admissum est, quod Celsus ait, si idem rursus lege aliqua servus effectus sit, peti eum posse: in perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest, et si servus effectus si I, alius videtur esse. Nec simili argumento usus est, ut, si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde isdem tabulis compegerit, teneri te: hic enim eadem navis est, quam te datum spondisti, ut videatur magis obligatio cessare quam extincta esse. Homini autem manumisso simile fiet, si ea mente dissolutam navem posueris, ut in alios usus converterentur tabulae, deinde mutato consilio easdem compositas: alia enim videbitur esse posterior navis, sicut ille alius homo est. Non est his similis area, in qua aedificium positum est: non enim desiit in rerum natura esse. Immo et peti potest area et aestimatio eius solvi debet: pars enim insulae area est et quidem maxima, cui etiam superficies cedit. Diversum dicemus, si servus promissus ab hostibus captus sit: hic interim peti non potest quasi ante diem, sed si redierit postliminio, recte tunc petetur: cessavit enim hic obligatio. Area autem extat, sicut cetera, ex quibus aedificium constitit. Denique lex duodecim tabularum tignum aedibus iunctum vindi-

³⁰ Sulle *quaestiones* di Paolo v. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1959, rist. 1975) 375 ss.

cari posse scit, sed interim id salvi prohibuit pretiumque eius dari voluit³¹.

Si può prescindere da un rinnovato esame delle fattispecie in esso contenute³² per l'analogia di molte di esse con quelle di D. 45.1.83.5. È preferibile, invece, appuntare l'attenzione sulla possibile *distinctio*³³ operata da Paolo tra estinzione dell'obbligazione e suo stato di quiescenza, di temporanea inesigibilità. La discriminazione consente al giurista di ammettere la permanenza del vincolo obbligatorio una volta eliminato lo stato di impossibilità della prestazione.

La natura transitoria o definitiva dello stato di impossibilità è determinata dall'eventualità di conservare, attraverso le alterne vicende, la identità della *res*, ma a questo fine è rilevante l'intenzione del soggetto agente: così la nave, solo in quanto dissolta con l'intenzione di rico-

³¹ Per le ipotesi di interpolazione v. *Index interpolationum* cit. 3 col. 460 s.

³² Per essa si rinvia a C.A. CANNATA, *Per lo studio* cit. 76 ss.

³³ V. l'importante analisi che sul punto conduce A. GUARNERI CITATI, *La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti*, in *AUPA* 14 (1930) 325 ss., che in polemica con U. RATTI, *Rinascita della proprietà in tema di accessione*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1 (Milano 1930) 291 ss., difende la genuinità del brano su cui si fonda la distinzione tra estinzione definitiva e temporanea. La genuinità è invece negata da G. BESELER, *Beiträge* 2 (Tübingen 1911) 17. Per la difesa della lettera del brano era già E. RABEL, *Origine* cit 485; sulla stessa linea S. SOLAZZI, *Studi romanistici* 1. *Il «postilimium rei» e gli immobili*, in *RISG* 3 (1949) 1-69, ora in *Scritti di diritto romano* V (Napoli 1972) 155 ss., in part. 165 e nt. 38, per il quale la coincidenza, sul piano contenutistico, di D. 46.3.98.8 con D. 45.1.83.5 deve indurre a temperare le critiche. Egli così superava i rilievi, invero radicali, che F. DE MARTINO, «*Navis, eadem navis-specificatio*», in *Riv. dir. nav.* (1937) 51 ss., ora in *Diritto privato e società romana* 2 (Roma 1982) 53 ss., muoveva ad entrambi i brani, a suo avviso profondamente rimaneggiati da interpolazioni, probabilmente scolastiche, compiute da uno stesso autore postclassico. Il De Martino era indotto a sospettare ambedue i frammenti soprattutto «per la *forma mentis* che li domina e per i principii sostanziali affermati». Invero, l'identità sostanziale del contenuto dei due brani, la logica continua con cui sono esposte le diverse fattispecie, la presenza di alcuni motivi ricorrenti nella riflessione paolina, devono indurre a valutare con prudenza proposte di interpolazione fondate su ipotesi acute ma congetturali. Per un'adesione sostanziale ai valori espressi da D. 46.3.98.8 v. G. MELILLO, *Tignum iunctum* (Napoli 1964) 48 ss.; cfr. anche R. QUADRATO, *Tignum iunctum ne solvito (Dalle XII tavole a Giustiniano)* (Bari 1967) 33 ss., 34, ntt. 4, 5, 6. Il concetto di pendenza in relazione alle vicende del rapporto obbligatorio e del negozio giuridico è ampiamente trattato da C. GIOFFREDI, «*Pendenza*» e «*sospensione*» dalle fonti romane alla dommatica odierna, in *SDHI* 22 (1956) 113 ss.

struirla, *eadem est*; così non è evidentemente per il *servus* che, divenuto libero e poi novellamente ridotto in servitù, *alius homo est*³⁴. Per questa ragione non è ammissibile, sostiene Paolo, l'opinione di Celso per il quale, invece, è esigibile l'uomo libero divenuto *lege aliqua rursus* servo.

La concezione, che è alla base della diversa visione celsina, resa esplicita in D. 45.1.83.5 dalla frase «*quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit*», è fondata esclusivamente sulla sussistenza della causa, quale elemento di stabilità che, al di là delle vicende del rapporto, giustifica la rinascita dopo che il fatto estintivo ha cessato di spiegare i suoi effetti.

Paolo, riportando questa tesi, è indotto a tenerne conto, ma restando ben attento a cogliere le sfumature dei singoli casi e a proporre soluzioni commisurate alla loro specificità.

La *ratio* della posizione di Celso in D. 46.3.98.8 e di Pedio in D. 45.1.83.5 è dunque nel considerare identica la causa che dà luogo al *liberari* ed all'*obligari*.

Questa lettura tradizionale³⁵ è stata recentemente messa in discussione dal Cannata³⁶ che interpreta il testo nel senso che se una sola e sempre identica è la *causa liberandi*, a sua volta una sola e sempre identica è la *causa obligandi*.

La più antica interpretazione sembra invero maggiormente convincente, non solo perché aderente alla lettera del testo, ma soprattutto perché non esclude nella giurisprudenza del secondo secolo momenti significativi del processo di emersione della causa intesa come rapporto che tende la forma e traduce l'equilibrio delle prestazioni, come sarà più chiaro nelle dottrine del terzo secolo³⁷.

La stessa giurisprudenza del secondo secolo non poteva infatti ignorare, al di sotto del rapporto formale che lega lo stipulante al promittente, la presenza di interessi reciproci, che conferiscono equilibrio al rapporto, anche se strutturalmente obbligatorio per il solo promittente.

³⁴ Sulle altre due fattispecie, concernenti la promessa dell'*area aliena* sulla quale poi il *dominus insulam aedificavit* e del *servus captus ab hostibus*, ampiamente si sofferma, tra gli altri, C.A. CANNATA, *Per lo studio* cit. 77 ss.

³⁵ Già della Glossa e poi di I. CUIACIUS o.c. col. 627.

³⁶ *Per lo studio* cit. 85.

³⁷ *Infra* nt. 47.

La *causa*, intesa come necessaria corrispondenza delle posizioni delle parti, determina sia l'*obligatio* che la *solutio*: nel secondo caso perché, venuta meno la possibilità della prestazione, è equo realizzare la liberazione del debitore, di cui non può essere leso (*sine culpa eius*) l'interesse costringendolo ad una prestazione impossibile, eventualmente attraverso il pagamento dell'*aestimatio*; nella prima eventualità, ridivenuta possibile la prestazione, si innesca nuovamente quel meccanismo di correlazione economica per cui va tutelato il creditore³⁸.

Questa visione dottrinale, certo accreditabile a Celso, supera l'intelaiatura esterna del rapporto, ma è essenzialmente rivolta alla tutela degli interessi correlati dei contraenti.

Del resto, il giurista adrianeo in

D. 32.79.2 (Cels. 9 *dig.*): Area legata si inaedicata medio tempore fuerit ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur. 3: Servus quoque legatus si interim manumittatur et postea servus factus sit, peti potest,

ritiene dovuta l'*area* promessa se, edificata *medio tempore*, *rursus area sit*, e dovuto il *servus* già manomesso, se *postea servus factus sit*.

Allo stesso modo egli ritiene, come abbiamo visto in D. 46.3.98.8, dovuto il servo manomesso divenuto *lege aliqua* nuovamente schiavo.

Identica è la *ratio* per cui, in D. 45.1.83.5, va «prestata» la nave che il *dominus dissolvit* e poi *compegerit*, a prescindere da considerazioni concernenti la *mens domini*: anche Pedio, nella stipulazione di anfore di vino, guarda alla sostanza del rapporto di fondo più che alle alterne vicende dell'*obligatio*³⁹.

³⁸ Cfr. I. CUIACIUS o.l.c. P. BONFANTE, *Il contratto e la causa dei contratti*, in *Riv. dir. comm.* 6 (1908) 115-125, ora in *Scritti giuridici vari* 3 (Torino 1926) 125 ss., identifica anche egli la causa nel *negotium contractum*, nell'affare che si stipula. Anche in *Vat.* 75.5 (L. 149): . . . *quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus libro XVIII digestorum refert, eum, qui partem usus fructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere. Quam sententiam ipse ut stolidum reprehendit: etenim esse incogitabile eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi*, Celso mostra sensibilità, nella sua polemica con Sabino, per l'elemento causale (*incogitabile eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi*) in tema di *in iure cessio*. Sul senso della polemica con Sabino v. F. WIEACKER, *Amoenitates Iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura* 13 (1962) 1-21, in part. 17 ss.; M. BRETON, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*² (Napoli 1982) 199 s.

³⁹ C.A. CANNATA, *Per lo studio cit.* 66 ritiene invece che le parole del testo «*et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem*», non facciano riferimento all'al-

5. A questa concezione «sostanzialistica» e, soprattutto, all'esigenza di migliore tutela dei contraenti, che ne è alla base, Paolo non si oppone radicalmente, ma solleva precise obiezioni.

Nel caso del vino ha buon gioco nel giustificare la persistenza dell'*obligatio* in quanto obbligazione di genere; nel caso di vendita condizionata di un uomo libero oppone alla possibilità di un tale negozio una considerazione formale, l'impossibilità, cioè, che sia oggetto di prestazione un uomo libero al momento del perfezionamento della *stipulatio*, e, soprattutto, l'illiceità della condizione sospensiva della servitù; per il caso della nave, infine, è esplicita in D. 46.3.98.8, la motivazione di fondo che accenna alla differenza intercorrente tra estinzione e quiescenza dell'*obligatio*, ed individua nella *mens domini* quell'elemento di continuità che consente il solo *cessare* e non l'estinguersi dell'obbligazione.

Da Celso a Paolo si ha dunque l'impressione di un affinamento dello strumentario teorico: se comune ai due giuristi è l'intenzione di tutelare la *causa* come ragione del rapporto⁴⁰, mutano invece gli strumenti dogmatici attraverso cui la tutela si realizza.

In Paolo si avverte l'esigenza di ricondurre nel sistema le fattispecie, precisando le condizioni che rendono possibile la «reviviscenza»

terno estinguersi e rinascere dell'*obligatio*, bensì solo alla sua più o meno attuale esigibilità, in quanto trattandosi di obbligazione generica, il perimento del vino già prodotto determina solo l'inesistenza attuale dell'oggetto dell'obbligazione, non la sua scomparsa definitiva. Per la verità, Pedio accenna alle alterne vicende della *stipulatio*, cioè della fonte generativa del rapporto, a prescindere dalla natura generica della prestazione. Peraltro, è Paolo che oppone alla tesi di Pedio proprio la natura generica della prestazione e non sembra probabile riferire al più antico giurista un argomento che Paolo utilizzava come strumento di confutazione della tesi del primo.

⁴⁰ Per i valori fortemente innovatori dell'ideologia di Celso e la centralità, nella sua riflessione, della categoria del *bonum et aequum* v. M. BRETONE, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*² cit. 193 ss.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in ANRW. II.15 (Berlin-New York 1976) 382 ss.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano* (Napoli 1979) 101 ss. Sui fermenti culturali dell'età in cui fiorisce Celso v. F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ANRW. II.15 cit. 131 ss., ora in *Giuristi adrianei* cit. 3 ss. Egualmente sensibile alle contingenze storiche del suo tempo e disponibile ad adeguare le forme giuridiche alle mutate esigenze sociali appare Paolo; cfr. G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza* cit. 51 ss.; C.A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza all'età dei Severi. Iulius Paulus*, in ANRW. II.15 cit. 667 ss.

del rapporto obbligatorio. Ancora, per il giurista severiano le norme morali sono il limite invalicabile della tutela dell'elemento causale: in nome della *civilitas* e del diritto naturale egli rifiuta di concepire una *stipulatio*, anche solo condizionata, che abbia ad oggetto un uomo libero.

La cultura dell'età severiana rende evidentemente il giurista più sensibile alla salvaguardia di un'intima moralità dei meccanismi giuridici, anche a costo di sacrificare gli interessi dei contraenti.

6. L'accezione di *causa* come momento di equilibrio sostanziale che struttura l'*obligatio* è peraltro coerente all'evoluzione semantica del termine. Una ricerca terminologica a proposito dell'uso della parola *causa*, usata nelle fonti giuridiche in svariate accezioni⁴¹, non basta certo a delineare una compiuta e generale teoria della causa del negozio: può tuttavia essere utile per intendere l'uso del termine in contesti specifici.

Causa, la cui origine è dubbia e probabilmente non indoeuropea⁴², ha avuto, nell'originario contesto contadino dell'antica Roma, la funzione di esprimere una nozione generica: quella di interesse. Questa nozione si affianca a quella di *causa* come processo, di cui rappresenta l'impiego più tecnico⁴³.

L'evoluzione semantica è caratterizzata da una progressiva generalizzazione dell'uso, segnata dal rapporto costante con parole come *ratio* e *res*⁴⁴, che accentua in *causa* il valore di «motivo», «ragione», di

⁴¹ Sulle quali: V.A. GEORGESCO, *Essai* cit. 4 ss.; E. FORCELLINI, *sv. Causa*, in *Lexicon totius latinitatis*⁴ (Padova 1864-1926, II rist. 1964) 560 s.; C.T. LEWIS - C. SHORT, *A Latin Dictionary* (Oxford 1879, rist. 1975) 303 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴ (Paris rist. 1967) 108; H. HEU-MANN - E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts*⁹ (Jena 1907, rist. 1971) 59 ss.; A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³ I (Heidelberg 1938) 190 s.; J.P. MINICONI, *Esquisse d'une histoire du mot causa*, in *REL.* 21-22 (1943-44) 82 ss.; ID., in *REL.* 23 (1945) 36-38; ID., «*Causa*» et ses dérivés: contribution à l'étude historique du vocabulaire latin (Paris 1951) passim.

⁴² J.P. MINICONI, «*Causa*» et ses dérivés cit. 28 ss. Sull'antico vocabolario giuridico romano v. G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico di Roma*, in *Ann. Sc. Norm. Pisa* 2 (1933) 227 ss. [= *Atti Congresso internazionale di diritto romano di Roma* 1 (Pavia 1934) 57 ss].

⁴³ Cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire* cit. 108.

⁴⁴ A. ERNOUT - A. MEILLET *o.l.c.*

affare nel quale si è interessati. A livello di lessico politico si perviene all'accezione di *causa* come nozione astratta equivalente di «partito proprio», utilizzando il comune significato di interesse, di legame che vincola le singole parti⁴⁵.

L'etimologia che il tardo Isidoro⁴⁶ offre di *causa* compendia le molteplici accezioni del termine:

Is., *Or.* 18.15.2: *Causa vocata a casu quo evenit. Est enim materia et origo negotii, necdum discussionis examine patefacta; quae dum praeponitur causa est, dum discutitur iudicium est, dum finitur iustitia.*

La fantasiosa derivazione da *casus* mette in luce l'aspetto naturalistico del termine, che conserva evidentemente il suo valore per tutto l'arco dell'evoluzione semantica, se ancora Isidoro lo premette alle altre possibili accezioni.

Del tutto naturale appare l'uso che in D. 45.1.83.5 si fa del termine in riferimento agli interessi che giustificano il risorgere dell'*obligatio*, ove la prestazione sia ridivenuta possibile sotto il profilo giuridico o materiale. Altro significato non sembra avere la parola nel brano ulpiano tramandato in D. 2.14.7.2, dove la *causa* che Aristone pone alla base delle *conventiones* generatrici di *actiones*, nonostante che non siano strutture tipiche del *ius civile*, non rappresenta che l'equilibrio del negozio, la ragione sostanziale del rapporto⁴⁷.

⁴⁵ J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République* (Paris 1963) 415 ss.

⁴⁶ I *libri originum sive ethymologiarum* (ed. Lindsay [Oxford 1911, rist. 1966]) di Isidoro, vescovo di Siviglia (VI-VII sec. d.C.) hanno carattere archeologico e filologico. Cfr. A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* (Napoli 1968) 358 nt. 66.3.

⁴⁷ È dottrina comune che nel testo citato *causa* si identifichi con le ragioni sostanziali del rapporto, a parte l'isolata tesi di E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabirriani*, in *BIDR.* 28 (1915) 23 (estr.), secondo il quale *causa* indicherebbe la *conventio*. Per A. MAGDELAIN, *Le consensualisme* cit. 40 ss. e G. GROSSO, *Il sistema romano* cit. 87 *causa* assume il significato di prestazione compiuta in uno degli schemi esposti nel testo (*do ut des, do ut facias*). Intende quest'ultima accezione come specificazione di un valore più generale, riferito all'equilibrio economico del negozio G. MELILLO, *In solutum dare* (Napoli 1970) 75 nt. 86; ID., *Forme e teorie contrattuali* cit. 499, nt. 233.

La categoria di *causa* gioca, infatti, con quella della *voluntas*, un ruolo decisivo nella matura giurisprudenza del principato per il superamento delle antiche strutture negoziali, come nel lasciare aperto il catalogo delle figure di negozio⁴⁸.

Il processo, iniziatosi con l'elaborazione labeoniana⁴⁹, ha il suo culmine nella giurisprudenza severiana.

In questa prospettiva, D. 45.1.83.5, è, contemporaneamente, testimonianza dell'esito delle dispute e, nel secondo secolo, della posizione della giurisprudenza più avvertita, di cui le affermazioni di Pedio e di Celso sono manifestazione significativa.

⁴⁸ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano* cit. 24 ss., 66 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana* cit. 296 ss.; M. TALAMANCA, «*Conventio*» e «*stipulatio*» cit. 252 ss.; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali* cit. 498 ss.

⁴⁹ V. D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*). La letteratura a commento del celebre passo è, ovviamente, vastissima; per la bibliografia più aggiornata v. G.G. ARCHI, *Dal formalismo negoziale* cit. 461 s., nt. 19.

IX

LA «DELEGATIO» COME MODULO ORGANIZZATIVO E GESTIONALE DELLE STRUTTURE AMMINISTRATIVE ROMANE

1. *L'amministrazione come servizio reso alla 'civitas'*. – La *vexata quaestio* relativa all'esistenza in Roma di un diritto amministrativo, su cui tanto ha dibattuto la dottrina romanistica in anni ormai lontani¹, può ritenersi ormai superata nel senso dell'assenza, in quell'ordinamento giuridico, di un ordine normativo autonomo, speciale e distinto dagli altri corpi normativi².

Appare, tuttavia, possibile parlare correttamente di strutture amministrative romane, assumendo così il termine 'diritto' non nell'accezione normativa in senso stretto, ma come forma di organizzazione del complesso di istituzioni, fatti ed attività che sono necessariamente collegati alla gestione delle strutture pubbliche nell'ordinamento giuridico romano³.

Ad ogni modo, l'analisi del modello organizzativo delle strutture pubbliche romane necessita di un uso estremamente accorto degli strumenti, metodologie ed acquisizioni delle discipline organizzative

¹ Cfr. S. RICCOBONO JR., *Il problema della ricostruzione delle strutture amministrative romane*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz* II (Napoli 1964) 662 ss.

² Secondo la definizione di M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *SSA*. 18 (1940) 133 ss.; ID., *sv. «Diritto amministrativo»*, in *ED*. XII (1964) 855 ss.

³ Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino 1961, rist. 1963) 639 s.

che si rifanno, in generale, al modello di struttura formale prevalente nelle moderne organizzazioni statali, vale a dire quello burocratico⁴.

Già ho avuto modo⁵, anni addietro, di mettere in evidenza come la creazione di *nova officia* imperiali e, più in generale, l'attribuzione di cariche pubbliche da parte di Augusto e dei suoi successori non rappresentò soltanto la risposta ad esigenze, per così dire, tecniche, di gestione della macchina di governo, sempre più complessa ed articolata, di un impero ormai vasto, a base multiethnica e sovranazionale; piuttosto si intese in tal modo assicurare una più vasta partecipazione all'amministrazione della *res publica* di rappresentanti dell'ordine equestre, vale a dire di quella frazione della classe dominante fino ad allora non coinvolta direttamente nelle funzioni di governo e non adeguatamente presente ai vertici dello Stato. In altri termini l'istituzione del principato segna una frattura nella tradizionale struttura aristocratica cittadina: all'insufficienza delle strutture repubblicane si sopperisce attraverso la progressiva formazione di un apparato burocratico militare per il governo dell'impero ormai a connotazione marcatamente trans-cittadina.

Se però l'ordine equestre fornisce gli uomini adatti alle nuove funzioni amministrative e rappresenta lo strumento sociale per la penetrazione delle élites municipali nella struttura del potere imperiale, anche l'ordine senatorio, tradizionalmente custode dei valori intorno ai quali si era costruita la *civitas* e la repubblica viene diffusamente utilizzato nell'ambito della burocrazia imperiale, in particolare con l'affidamento ai suoi esponenti delle funzioni amministrative strettamente connesse al governo della città di Roma: le *curae* urbane.

Queste forme, già ampiamente sperimentate in età repubblicana, di organizzazione amministrativa delle funzioni pubbliche, non inquadrabili tuttavia nelle competenze delle magistrature in senso stretto, furono sapientemente utilizzate da Augusto e dai suoi successori al fine di rendere dipendenti dal principe i servizi essenziali per la vita di Roma e, al contempo, di conquistare il consenso dei ceti dominanti i

⁴ Per un'informativa generale sull'evoluzione delle discipline organizzative, v. C. MORTARA, *L'analisi delle strutture amministrative* (Milano 1973) e ivi ampia bibliografia, 235 ss.

⁵ A. PALMA, *Le 'curae' pubbliche. Studi sulle strutture amministrative romane* (Napoli 1980) 7 ss.

cui rappresentanti venivano direttamente coinvolti nell'esercizio delle *curae* pubbliche.

In tale contesto, il ricorso alla delega appare lo strumento utilizzato dagli imperatori al fine di coinvolgere nella gestione della cosa pubblica le persone di loro fiducia, o comunque ritenute idonee ad essere affidatarie di funzioni pubbliche. Le *curae* pubbliche come forma unitaria di organizzazione di funzioni rese proprie dal principe e da lui delegate, rappresentarono allora, l'espressione fortemente ideologizzata di un modo di gestire e di concepire la pubblica funzione: il principe, nel creare un'area di consenso intorno al nuovo assetto costituzionale, si accreditava al contempo come continuatore e garante di una concezione del potere politico inteso come servizio alla *civitas*.

La delega, tuttavia, ad un dato momento dell'evoluzione delle strutture amministrative romane, e precisamente tra il II e il III sec. non rappresenta più semplicemente l'atto fiduciario con il quale il principe investe di una determinata funzione pubblica una persona a lui gradita: essa diventa, invece, l'atto istituzionale, contenuto in una fonte normativa (legge, senatoconsulto, costituzione imperiale), con il quale compiti amministrativi in senso stretto, così come funzioni pubbliche nelle quali vi è una commistione tra amministrazione e giurisdizione (quelle che oggi verrebbero definite di volontaria giurisdizione), ovvero ancora l'esercizio della funzione giurisdizionale in riferimento a fattispecie particolari, vengono ad essere stabilmente affidate a magistrati e funzionari imperiali, i quali aggiungono tali nuove competenze al novero di quelle da essi tradizionalmente svolti e che, per così dire, rappresentavano il *proprium* della carica magistratuale da essi ricoperta.

Di tale processo evolutivo i giuristi severiani dimostrano di possedere una piena consapevolezza: anche a livello terminologico, come vedremo, essi distinguono il *mandare*, ricomprendendo in tale accezione qualunque atto dispositivo compiuto da chi, essendo investito di cariche giurisdizionali, ne trasferisce ad altri una parte o, talvolta, l'intero complesso, secondo un modulo organizzativo e gestionale risalente all'età repubblicana – e, come si è detto, ampiamente ripreso e amplificato nel principato – dal *delegare*, intendendo per tale l'attribuzione di compiti e funzioni nuove che vengono ritenute idealmente come proprie del principe, figura apicale dell'organizzazione amministrativa e statuale, e da questi assegnate ad altri; peraltro, la nozione di

delegatio viene in gioco anche ad indicare il trasferimento di funzioni rispondenti a bisogni essenziali della *civitas*, ai quali le assemblee repubblicane (i *comitia* e il senato) provvedevano, nello spirito di servizio alla collettività che, secondo l'ideologia dominante, doveva caratterizzarne l'operato, affidando ad altri soggetti il compito di assolvervi in concreto.

Nelle pagine che seguono è mia intenzione esaminare alcuni momenti, tra quelli maggiormente significativi ed emblematici, di questo percorso evolutivo che segna la storia delle strutture amministrative romane, con particolare riferimento alla *delegatio* di funzioni giurisdizionali.

2. *Mandare e delegare: due moduli per lo svolgimento delle funzioni pubbliche.* – È noto che i proconsoli, una volta giunti nella provincia ad essi assegnata, solevano affidare ad altri l'esercizio della giurisdizione nell'ambito del territorio provinciale; si trattava, ad ogni modo, di una loro facoltà discrezionale, come ci attesta Ulpiano⁶:

Ulp. 1 *de off. proc.* D. 1.16.6.1. Sicut autem mandare iurisdictionem vel non mandare est in arbitrio proconsulis, ita adimere mandatam iurisdictionem licet quidam proconsoli, non autem debet inconsulto principe hoc facere.

Il proconsole era dunque libero di trasferire a suoi delegati (*legati*) l'esercizio in concreto della *iurisdictio* a lui spettante. È Papiniano, nel primo libro delle sue *quaestiones*, che chiarisce i principi ed i criteri ai quali l'esercizio di tale scelta è subordinato (D. 1.21.1 pr-1):

Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videtur errare magistratus, qui cum publici iudicii habeant exercitio- nem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adul-

⁶ Sui compiti e le funzioni del governatore provinciale, si veda in particolare D. MANTOVANI, *Il 'bonus praeses', secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'De officia proconsulis di Ulpiano'* (Pavia 1992). Per una puntuale analisi dei limiti territoriali nell'esercizio e del momento dell'assunzione della titolarità della *iurisdictio*, si rinvia a L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata*, in *SDHI*. 60 (1994) 303 ss.

teriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant. huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, cui optigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare: non aliter itaque mandare poterit; quam si abesse coeperit, cum alias iurisdictio etiam a praesente mandetur. et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto habet, mandare non poterit. 1. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandavit, iurisdictione utitur. verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictione. Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

Dunque, secondo quanto affermato da Papiniano, possono essere mandate tutte le attività che rientrano nel novero dei compiti istituzionali dei magistrati; non possono essere, invece, oggetto di mandato quelle funzioni che ad essi sono in via speciale attribuite in virtù di una legge ovvero di un senatoconsulto ovvero ancora di una costituzione imperiale. Esemplificando, il giurista ritiene errato l'operato di quei magistrati che, incaricati dell'esercizio di un *iudicium publicum* per espressa disposizione di una legge o di un senatoconsulto, come accade in virtù della *lex Iulia de adulteriis*, demandano ad altri la giurisdizione loro assegnata. Un argomento fondamentale (*fortissimum argumentum*) a conferma del suo assunto Papiniano lo rinviene nella *lex Iulia de vi*, nella quale si prevede espressamente che colui al quale è stato attribuito l'esercizio di questo *iudicium* lo possa delegare ad altri soltanto quando si prepari ad allontanarsi *rei publicae causa*, laddove, altrimenti, la *iurisdictio* è in generale delegabile anche da chi è presente. Così pure, continua il giurista, non si può demandare ad altri la *cognitio* affidata in base ad un senatoconsulto il caso che il *dominus* sia stato ucciso dai servi. Ed ancora, soggiunge, che la *iurisdictio* si trasferisce secondo la tradizione, ma l'*imperium merum*, essendo concesso in virtù della legge, non può esser trasmesso: per tale motivo, il legato del proconsole non acquista insieme alla giurisdizione a lui demandata anche il potere di punire con la morte. Il testo è poi annotato dal giurista Paolo, il quale soggiunge che anche l'*imperium* connesso alla *iurisdictio* passa a colui al quale quest'ultima viene delegata.

Dunque, le attività del magistrato riconducibili all'assolvimento di quei compiti specificamente attinenti alla funzione magistratuale e che in quanto tali non hanno bisogno di una specifica attribuzione possono essere demandate ad altri che le svolga per conto ed in nome del magistrato medesimo: si tratta, infatti, di quella attività connaturata alla carica e tradizionalmente ad essa connessa. Al contrario, le attribuzioni conferite *specialiter* in base ad una legge, un senatoconsulto ovvero ancora una costituzione imperiale, in quanto oggetto di un conferimento *ad hoc* al magistrato, in mancanza della quale esse non rientrerebbero tra quelle che il magistrato dovrebbe potrebbe svolgere per la sua carica, non possono essere delegate ad altri. Il principio è ribadito anche da Giuliano, che in 1 *dig.*, D. 2.1.5 afferma:

More maiorum ita comparatum est, ut si demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure non alieno beneficio habet.

In altri termini, in virtù di un'antica consuetudine (*more maiorum*) può delegare la *iurisdictio* colui che la detiene *suo iure* e non in virtù di una concessione fattagli con norme speciale.

Ed è sempre Papiniano che, ritornando al testo di D. 1.21.1, ricava dalla previsione della *lex Iulia de vi*, in base alla quale solo chi si deve allontanare dalla città per curare un interesse della *civitas* può delegare la *iurisdictio* affidatagli, un principio generale per il quale si può demandare ad altri solo nell'ipotesi che il magistrato che abbia ricevuto l'*exercitio* di un *iudicium publicum* venga a trovarsi nella condizione dell'*absens*. Si tratterebbe, infatti, secondo il giurista, di un'eccezione al principio generale per il quale normalmente la *iurisdictio* può sempre essere delegata: l'*exercitio publici iudicii*, proprio perché non è ricompresa nella giurisdizione che ordinariamente competeva al magistrato, bensì gli era attribuita in virtù di una disposizione speciale, non poteva invece essere oggetto di delega.

Se Papiniano fornisce nel suo discorso diversi esempi di attività giurisdizionali delegate in virtù di una legge o di un senatoconsulto (la *cognitio de familia*, attribuita al pretore in virtù del senatoconsulto Silariano), tuttavia egli non fa menzione di attribuzioni di funzioni giurisdizionali compiute mediante costituzione imperiale; ciò nonostante, a tale ultimo riguardo ci sono note, per altre vie, diverse ipotesi⁷.

⁷ La mancanza di esempi di attribuzioni *specialiter* conferite in virtù di una costituzione imperiale ha fatto supporre a S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, ora in *Scritti III*

Ad esempio, per quanto concerne la *transactio alimentorum* che, in base ad una disposizione dell'imperatore Marco Aurelio, doveva necessariamente compiersi dinanzi al pretore, Ulpiano, in un passo tratto dal quinto libro *de omnibus tribunalibus*, precisa che si tratta di un'attribuzione non delegabile:

D. 2.15.8.18: Sed nec mandare ex hac causa iurisdictionem vel praeses provinciae vel praetor poterit.

Analogamente, per quanto riguarda la vendita da parte dei tutori e dei curator dei *praedia rustica vel suburbana*, sappiamo che essa, in base ad un'orazione dell'imperatore Settimio Severo, conservataci da Ulpiano nel trentacinquesimo dei suoi libri *ad edictum* (D. 27.9.1) poteva essere effettuata solo se permessa dal pretore: trattandosi di una funzione attribuita al pretore in via speciale essa non è delegabile. Lo stesso dicasi per l'ipotesi concernente la dazione del tutore che, in base a D. 26.1.6.2 (Ulp. 38 *ad Sab.*), può essere svolta solo da colui al quale è stata conferita *specialiter* dalla legge, senatoconsulto o costituzione imperiale:

Tutoris datio neque imperii est neque iurisdictionis sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel lex vel senatusconsultum vel princeps.

Nell'ambito del discorso svolto in D. 1.21.1 sui limiti del potere delegato, Papiniano, accogliendo la tesi che gli sembrava preferibile (il *verius*, infatti, come è stato esattamente osservato⁸, allude a diverse ipotesi interpretative) prospetta un'ulteriore ipotesi in cui non è ammessa la delega di funzioni allorché chiarisce che anche il *merum imperium*, che viene attribuito con legge, non è trasferibile. Ed è lo stesso giurista che chiarisce il significato di *merum imperium* laddove, nell'assumere la *delegatio* tra proconsole e legato come modello paradigmatici-

(Napoli 1960) 114 nt. 40 e ID., «*Iurisdictio contentiosa*» e «*voluntaria*» nelle fonti romane, ora in *Scritti* III (Napoli 1960) 185, che il passo sia insitico nella parte in cui prevede l'inserimento delle costituzioni. Per una fine confutazione di tale ipotesi, si veda tuttavia L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata* cit. 315 ss.

⁸ L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata* cit. 318 ss. Secondo G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* II (Milano 1963) 136, il *verius* potrebbe, invece, essere l'indizio di una abbreviazione compilatoria.

co per il trasferimento di funzioni pubbliche nell'ambito di una struttura amministrativa di tipo gerarchico, precisa che il legato non riceve, insieme alla *iurisdictio*, anche l'*animadversio* cioè il potere di punire con la morte, in tal modo, accogliendo e facendo propria la nota definizione ulpiana di *merum imperium*, contenuta in D. 2.1.3 (Ulp. *l. sing. de off. quaest.*):

Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium haber gladii potestatem ad animadvertendum (in) facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia.

Anche per Ulpiano, dunque, l'*imperium merum*, riferibile alla potestà di esercitare le funzioni di repressione criminale di cui i magistrati e i proconsoli erano investiti *ex lege*, non era delegabile. Tutte le volte che l'*imperium* si fonda sulla legge o sul senatoconsulto e viene affidato ai magistrati, con riferimento al territorio cittadino, ovvero ai proconsoli, per l'ambito provinciale, esso non è trasferibile a soggetti diversi da quelli cui la legge o il senatoconsulto medesimi abbiano inteso affidarli⁹.

Dal contesto del brano contenuto in D. 1.21.1 si evince, tuttavia, che a tale ultimo riguardo vi doveva essere un dibattito tra i giuristi anche in relazione a quella che, come ci riferisce sempre Papiniano, sarebbe stata una prassi diffusa di senso opposto che il giurista riteneva erronea e che la giurisprudenza, o quantomeno parte di essa, prese a contrastare, talvolta ammettendola in via meramente eccezionale¹⁰.

⁹ Per ampi approfondimenti sul concetto di *imperium mixtum*, si veda T. SPAGNUOLO VIGORITA, 'Imperium mixtum'. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria, in *Index* 18 (1990) 123 ss.

¹⁰ Per una esemplificazione di tale prassi si veda quanto Ulpiano, 1 *de off. proc.*, attesta circa la delega della *cognitio custodiarum* in D. 1.16.6 pr.: *Solent etiam custodiarum cognitionem mandare legatis, scilicet ut praeauditas custodias ad se remittant ut innocentem ipse liberet. Sed hoc genus mandati extraordinarium est: nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam vel cuius alterius coercionis ad alium transferre, nec liberandi igitur reos ius, cum accusari apud eum non possint*. Dunque, per Ulpiano, la *cognitio custodiarum* poteva essere trasferita soltanto in via eccezionale: cfr. F. SERRAO, *Il frammento leidense di Paolo. Problemi di diritto criminale romano* (Milano 1956) 129 nt. 21. Per ulteriori approfondimenti, si v. L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata* cit. 323 ss.

In definitiva, si può affermare che la riflessione dei giuristi severiani approda al seguente esito: non sono delegabili quelle funzioni che, essendo attribuite e disciplinate da legge, senatoconsulto, costituzione imperiale non competono *iure magistratus*, non rientrano cioè tra le normali prerogative di un certo magistrato o funzionario imperiale, ma sono fondate su specifici atti normativi di conferimento. Su questi ultimi, infatti, si costituiva l'*imperium merum* di magistrati e proconsoli, una sorta di sfera di attribuzioni speciali che, esorbitando dai poteri e dai compiti istituzionalmente connessi alla carica rivestita non erano altrimenti eseguibili se non direttamente dal soggetto che, per l'appunto, ne era stato incaricato.

Né sembra casuale che i giuristi adoperino in riferimento alle funzioni delegabili una terminologia tecnica specifica. *Delegare* e *mandare* non soltanto attengono a due ambiti semantici differenti, ma assumono un diverso significato in relazione alla diversa disciplina che essi sottendono nell'ambito dei rapporti tra soggetti investiti della titolarità di funzioni pubbliche e soggetti incaricati dello svolgimento delle medesime.

Ed infatti, il *mandare* indica l'atto con il quale si incarica altri dell'esercizio di funzioni che si potrebbero definire ordinarie, quelle cioè normalmente rientranti nella sfera di competenze del magistrato o proconsole.

Diverso dall'atto di attribuzione con il quale chi è investito di funzioni pubbliche ne trasferisce ad altri una parte¹¹ ovvero l'insieme, è invece l'attribuzione di compiti ed attività di pubblico interesse effettuata ad opera di una legge, di un senatoconsulto ovvero di una costituzione imperiale e dunque, in sintesi, mediante un atto di normazione *ad hoc*.

In tali ultimi casi, la fonte normativa, nel disciplinare le modalità di esercizio e le caratteristiche essenziali di una funzione ne determina anche il soggetto o i soggetti che ne sono titolari. È tale fonte che, per così dire, delega il magistrato o il proconsole ed è proprio per questa designazione specifica che il magistrato o il proconsole non possono a loro volta delegare ad altri la potestà ricevuta.

¹¹ Con specifico riferimento alle funzioni attribuite ai magistrati municipali il discorso è approfondito da L. FANIZZA, *Iurisdictio mandata* cit. 332 ss.

In altri termini, il *delegare* sta ad indicare l'attribuzione, in via tendenzialmente stabile, operata mediante un atto normativo, di funzioni che si vanno ad aggiungere a quelle tradizionalmente svolte da chi ricopre una determinata carica magistratuale, intesa in senso lato.

Volendo usare una terminologia sicuramente impropria con riferimento all'esperienza giuridica romana, ma di certo più familiare a coloro che si interessano di organizzazione amministrativa e di gestione delle funzioni pubbliche, potrebbe parlarsi, per le ipotesi cui fa riferimento il *mandare*, di delega di poteri interorganica e, per i casi ricompresi nel *delegare*, di una sorta di attribuzione di funzioni, intesa come allocazione decentrata di compiti istituzionali, non solo con riguardo al momento del loro svolgimento in concreto ma della vera e propria titolarità, operata peraltro con decisione di livello formale non legislativo.

3. *Delega di funzioni e costituzioni imperiali.* – Allorquando si passa poi ad esaminare l'utilizzazione dello strumento della delega da parte del potere imperiale, si assiste al fenomeno per il quale attività che vengono ritenute corrispondenti all'interesse ed ai bisogni della collettività vengono, come si è avuto già modo di accennare, fatte proprie dal principe e da lui assegnate a suoi fiduciari mediante quella particolare categoria di costituzioni imperiali che è rappresentata dai *mandata*¹².

Attraverso i *mandata* il principe delega funzioni proprie ai nuovi uffici, anche con competenze giurisdizionali, che egli istituisce: la delega comprende l'indicazione del titolare dell'ufficio giurisdizionale costituito, secondo una modalità seguita anche per l'affidamento di compiti e funzioni di natura amministrativa. Il *mandatum* costituiva, invece, uno strumento estremamente duttile proprio con riguardo ai delegatarii, in quanto, poteva essere indirizzato sia ai magistrati che ai collaboratori del principe, ivi compresi quelli di rango senatorio.

È nel *de aquaeductibus* di Frontino che si imposta esplicitamente una dialettica tra mandati e *delegatio* in relazione alla *cura aquarum* considerata come una *res ab imperatore delegata*, la cui disciplina è costituita *ex capite mandatorum* e sanzionata *lege senatus consultis mandatis principum*.

¹² Sui *mandata* si rinvia a V. MAROTTA, *Mandata principum* (Torino 1991) *passim*.

Il *mandare*, dunque, esprime concretamente l'idea dell'affidare un compito istituzionale su iniziativa del principe; si tratta, tuttavia, non più di una modalità di trasferimento di funzioni tra soggetti omologhi, come avveniva tra i magistrati repubblicani colleghi nella carica, ovvero tra soggetti tra i quali intercorre un rapporto gerarchico, come avveniva tra proconsoli e i loro legati.

Con la creazione di nuovi uffici pubblici, però, i rapporti intorno ai quali ruotano le strutture amministrative romane non possono più ricostruirsi secondo lo schema del mandato: si ha, infatti, il passaggio al *delegare*, ad una modalità cioè che prevede non tanto il conferimento di funzioni ritenute presso di sé, quanto l'istituzione di centri di competenza stabilmente preposti alla cura di determinati interessi pubblici.

In altri termini, si fuoriesce dalla logica dell'affidamento temporaneo o occasionale di funzioni pubbliche e si consolida il modulo dell'assegnazione in via tendenzialmente stabile dell'esercizio di attività e compiti istituzionali.

X

LIMITAZIONI NEGOZIALI ALL'ESERCIZIO DELLA PESCA

1. *Introduzione.* – Il passo che stiamo per prendere in esame, tratto dal sesto libro delle *Opiniones* di Ulpiano¹ e sistemato dai Compilatori del Digesto in D. 8.4.13 pr., si rivela assai interessante sotto diversi profili².

In primo luogo, esso lascia scorgere, sullo sfondo, lo scontro degli interessi, e le conseguenti proiezioni nel diritto e nel pensiero giuridico, circa le forme di utilizzazione delle risorse naturali e, segnatamente, dei fiumi e del mare: a fronteggiarsi, infatti, sono, da un lato, gli interessi della navigazione e della pesca e, dall'altro, quelli, inevitabilmente dissonanti dai primi, dei proprietari dei fondi rivieraschi.

I giuristi romani dell'epoca classica sono concordi nel collocare il mare ed i fiumi tra “le cose comuni appartenenti a tutti”, negandone in tal modo la possibilità di appropriazione da parte dei singoli; conse-

¹ L'attribuzione ad Ulpiano dell'opera intitolata *Opiniones*, dal cui sesto libro è tratto il caso riferito, è stata tuttavia messa in dubbio da diversi autori: da ultimo, in tal senso D. LIEBS, *Ulpiani opinionum libri* 6, in *TR.* 41 (1973) 279 ss. (ivi bibl. precedente), secondo il quale l'opera sarebbe stata redatta in età costantiniana, e precisamente tra il 325 e il 331 d.C. Per l'opinione contraria B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum» di Ulpiano I-II* (Milano 1971); su D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*) vedasi, in part. II 253 ss. Da ultimo, ha ritenuto di inserire i *libri opinionum* tra le opere spurie di Ulpiano T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford 1982) 120 ss.

² Alcuni dei quali già egregiamente messi in luce dal compianto amico e collega Gennaro FRANCIOSI in uno dei suoi ultimi lavori, *Il diritto della piscatio tinnaria: un'altra servitù prediale?*, presentato alla 56^a Sessione della SHIDA (Cagliari, 17-21.9.2002) e pubblicato in *RIDA.* 49 (2002) 101 ss.

guentemente, più in generale, ne deriva che in relazione ad essi vi fosse libertà di navigazione e libertà di esercizio della pesca. Appare, inoltre, degno di rilievo che la fonte di tale “regime” giuridico non viene ravvisata, come si vedrà, nelle leggi dell'uomo, ma direttamente nella natura ovvero, anche, nel diritto delle genti.

Se, verosimilmente, il riconoscimento della libertà di navigazione dovette essere meno problematico, notevoli resistenze e difficoltà dovettero essere affrontate e superate per il riconoscimento della libertà di pesca e, soprattutto, della possibilità, per quei pescatori che non fossero proprietari dei fondi rivieraschi, di utilizzare il litorale marino e le rive dei fiumi: bisognava, infatti, a tale proposito, arginare le implicazioni logico-giuridiche derivanti da una concezione “sovrana” della proprietà, con i ben noti corollari che ne scaturivano in tutte le sue possibili estensioni. Mare e lido marino, infatti, possono essere usati da tutti, secondo le regole del *ius gentium*: verso la metà del II sec., invece, essi vengono assoggettati ad un regime diverso da quello cui erano sottoposte le altre cose in uso pubblico³.

Ma lo studio del frammento appare proficuo anche sotto un altro aspetto, sicuramente molto importante, concernente la teorica dei diritti reali su cosa altrui: in particolare, esso è stato tradizionalmente indagato al fine di percepire l'esatta portata di pattuizioni negoziali dalle quali appaiono scaturire diritti reali di servitù o, comunque, diritti strettamente assimilabili ad essi⁴.

³ Cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari nell'esperienza giuridica romana* (Milano 2003) 422.

⁴ In questa specifica ottica hanno studiato il passo in esame, S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali* (Napoli 1947); B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano. Corso di lezioni*, 2ª ediz. rifatta (Milano 1954); G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali* (Padova 1962); G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali* (Napoli 1967); G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Torino 1969); G. PROVERA, *Servitù prediali e obbligazioni 'propter rem'*, in *Studi in onore di E. Volterra II* (Milano 1971) 15 ss.; M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschr. F. Wieacker zum 70. Geburtstag* (Göttingen 1978) 90 ss.; J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny. Exegesis of D. 8.4.13 pr.*, in *TR.* 55 (1987) 39 ss.; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR.* 91 (1988) 909 s.; M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime durante la repubblica e l'impero*, in *Index* 24 (1996) 143 ss.; W. DAJCZAK, *L'uso della locuzione bona fides per la valutazione del valore vincolante degli accordi contrattuali*, in *RIDA.* 44 (1997) 71 ss.; di recente è intervenuto sulla complessa tematica anche G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi (D. 8.4.13 pr.)*, in *φύλα. Scritti per Gennaro Franciosi III* (Napoli 2007) 2163 ss.

La questione in esso affrontata, per come è risolta dal giurista Ulpiano, invero, fornisce un importante elemento ai fini di una maggiore e più corretta comprensione dei confini esistenti tra concetti giuridici che, spesso, vengono sovrapposti tra di loro, generando così un'inevitabile confusione; l'analisi del pensiero ulpiano, qual è contenuto in D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*), infatti, contribuisce a far luce sull'esatta portata del dogma del *numerus clausus* delle servitù, consentendo, proprio attraverso l'analisi di un caso complesso, ed in un certo qual senso, "limite" come quello che viene prospettato nel passo in esame, di meglio inquadrare il fenomeno nelle sue tante sfaccettature⁵.

Ciò nella convinzione della assoluta necessità, ribadita in dottrina anche di recente⁶, di tener ben distinti la tipicità ed il cd. *numerus clausus* dei *iura in re aliena*, intesi come categoria, dal problema del numero chiuso delle fattispecie che possono dar luogo a servitù prediali.

2. Il caso. – D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*):

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servare venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Il venditore del fondo Geroniano, mediante un'apposita clausola aggiunta alla compravendita, aveva statuito, relativamente al fondo Botriano, che continuava a tenere per sé⁷, che nelle acque antistanti quest'ultimo non dovesse essere esercitata la pesca del tonno. Il quesito sottoposto ad Ulpiano è chiaro: la clausola *ne piscatio thynnaria exerceatur*, apposta alla vendita di un fondo provinciale, è idonea a costituire una servitù a carico del fondo alienato?

⁵ Sul tema cfr., in particolare, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei 'iura in re aliena' e il dogma del 'numero chiuso'* (Napoli 1992) *passim*.

⁶ Così G. FRANCIOSI, *Il divieto della piscatio* cit., 107.

⁷ Non ritengo condivisibile, a tale specifico riguardo, la lettura del FRANCIOSI, *Il divieto della piscatio* cit., 101, secondo cui il venditore avrebbe alienato entrambi i fondi: non si comprenderebbe altrimenti quale interesse costui potrebbe aver avuto ad imporre un vincolo negativo riguardo ad un fondo che più non gli apparteneva.

Altrettanto chiara è la prima parte della risposta del giurista: non si può ritenere validamente costituita una servitù in quanto nel diritto di proprietà non rientra anche la facoltà di pescare nel mare il quale è una *res communis omnium*, come tale destinato *iure naturali* all'uso comune.

Tale argomentazione è sembrata in contrasto con le regole del diritto classico alla maggioranza degli autori⁸ i quali, conseguentemente, hanno ritenuto il testo in esame profondamente alterato in particolare, ad essi è apparso incomprensibile il motivo per cui Ulpiano giustifica l'esclusione della costituzione di una servitù reale adducendo il fatto che essa altrimenti graverebbe su un bene, qual è il mare, che per sua natura è utilizzabile da tutti, e non invece semplicemente constatando che tale servitù non sarebbe valida in quanto non costituita con gli appositi negozi all'uopo previsti, bensì attraverso una clausola aggiunta al contratto di compravendita. Inoltre, si è ritenuto ancor più sospetta l'estensione dell'efficacia di tale ultima clausola anche ai successori dell'acquirente, sia a titolo universale che particolare: ciò, evidentemente, in contrasto con la regola per la quale le pattuizioni contrattuali vincolerebbero soltanto le parti contraenti.

Alcuni, in particolare, hanno osservato che la frase *mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest* sarebbe priva di senso, poiché nel caso di specie la limitazione non riguarda il mare, bensì il fondo che viene alienato: le parti, infatti, intendono evitare che sul fondo si eserciti l'industria della tonnara a detrimento dell'altro fondo e pertanto la servitù, avente come contenuto un *non facere*, sarebbe costituita non sul mare ma sul fondo⁹.

Altri, ancora, hanno rilevato che la frase *personae possidentium aut in ius eorum succedentium*, con la quale si indicano i soggetti tenuti ad osservare il divieto di pesca, sembrerebbe alludere non soltanto

⁸ Cfr. B. SANTALUCIA, *Libri opinionum* cit. 253 s.; più di recente J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 40. Per un utile ragguaglio, da ultimo, cfr. M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 423 nt. 80.

⁹ Così B. BIONDI, *Le servitù prediali* cit., 193; S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione delle servitù* cit., 27 nt. 51; ID., *Usus proprius*, in *SDHI.* 7 (1941) 395 nt. 60; G. PROVERA, *Visuali romanistiche in tema di patti di non concorrenza*, in *Il diritto dell'economia* 6 (1965) 809 s.; contra V.A. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»* (Paris 1932) 180 e G. GROSSO, *Le servitù prediali* cit. 142.

all'acquirente del fondo ed ai suoi eredi ma a tutti i possessori del fondo medesimo, sia presenti che futuri: in tal modo, per assurdo, si sarebbe attribuita efficacia reale alla pattuizione accessoria all'*emptio venditio* che, invece, produceva meri effetti obbligatori, come tali non trasmissibili agli aventi causa a titolo particolare dell'obbligato¹⁰.

Altri studiosi, infine, hanno ritenuto indizio di un rimaneggiamento postclassico ovvero di un intervento compilatorio il fatto che, mentre il caso è incentrato su di una compravendita, nella parte finale del testo si parli in generale di obbligazioni nascenti per *stipulationis vel venditionis legem*¹¹.

Com'è stato giustamente osservato¹², il ricorso al metodo interpolazionistico non sembra oggi più necessario per intendere correttamen-

¹⁰ Tale è l'opinione di B. BIONDI, *Le servitù prediali* cit., 193 ss.; si vedano, tuttavia a tale specifico riguardo, le osservazioni di S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione*, cit. 27 ss.; ID., *Usus proprius* cit., 395; G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., 808 ss.

¹¹ Cfr. S. PEROZZI, *I modi pretorii di acquisto delle servitù*, in *RISG.* 23 (1897), 9 nt. 2; quest'A., seguito da G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium* (Milano 1946) 104 ss., ritiene che nella versione genuina del frammento Ulpiano, posto dinanzi al problema avrebbe semplicemente negato la possibilità di costituire una servitù sul mare, mentre per il testo il passo sarebbe stato integralmente redatto dai Compilatori giustiniane; B. BIONDI, *Le servitù prediali* cit., 193, secondo il quale il testo genuino avrebbe tenuto ben distinte l'ipotesi della vendita da quella della *stipulatio*, facendone discendere effetti obbligatori nel caso della vendita secondo il *ius civile* ed effetti reali nel caso di *stipulatio* secondo il diritto pretorio; quest'opinione è decisamente respinta da S. SOLAZZI, *Requisiti e modi di costituzione* cit., 27 e nt. 53, per il quale la *stipulatio* non sarebbe mai stata idonea, nemmeno per il *ius honorarium*, ad originare un rapporto reale; G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., 811 s., il quale, ritenuta la inconciliabilità delle affermazioni contenute nel passo in esame, è giunto ad ipotizzare la falsità dell'intera sua seconda parte: Ulpiano avrebbe, in realtà, escluso la costituzione di un diritto di servitù, attribuendo alla clausola patrizia voluta dalle parti della compravendita un'efficacia meramente obbligatoria; sarebbe stato, invece, il postclassico rielaboratore dei *Libri Opinionum* a modificare il pensiero ulpiano ammettendo che la volontà dei contraenti potesse vincolare i possessori presenti e futuri dei fondi in questione; infine i Compilatori avrebbero esteso alla *stipulatio* l'idoneità a costituire, secondo l'intento pratico delle parti, delle obbligazioni ambulatorie sia dal lato passivo che attivo.

¹² B. SANTALUCIA, *Libri opinionum* cit., 256. Sull'esigenza, per superare le difficoltà del passo, di una lettura non prevenuta, cfr., da ultimo, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 424.

te il passo in esame; occorre, invece, tenere presente che si tratta di due fondi provinciali, come dimostrerebbero sia la loro denominazione¹³ sia la natura dell'opera ulpiana da cui è escerpito il frammento sia, infine, la qualifica di *possidentes* – anziché di *domini* – attribuita ai titolari di tali fondi¹⁴: il testo, come è stato sostenuto, potrebbe essere collegato alle problematiche giuridiche suscitate dalle attività degli antichi stabilimenti per la lavorazione del pesce assai diffusi in Nord-Africa, Spagna, Sicilia e meridione della penisola italiana¹⁵.

Vengono così meno, infatti, le perplessità rilevate dalla dottrina: trattandosi di fondi provinciali, Ulpiano, infatti, non si pone il problema della validità formale della costituzione della servitù di non praticare la pesca del tonno perché ritiene, evidentemente, che nulla vi sia da obiettare circa la modalità specifica in cui tale servitù ha avuto origine. Le remore del giurista, infatti, riguardano quello che a lui sembra essere oggetto del divieto pattiziamente imposto e che, in violazione di una re-

¹³ Sul nome Botriano, cfr. H. DESSAU, in *RE*. III.1 (Stuttgart 1897) 793. Secondo G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi* (D. 8.4.13 pr.) cit. 17, l'identificazione più plausibile del fondo Botriano – a differenza di quella non facilmente determinabile del Geroniano – sarebbe da collocare in Nord Africa, a circa sessanta chilometri a sud di Sfax in Tunisia, nel sito della moderna cittadina di Acholla, l'antica Botria.

¹⁴ La localizzazione provinciale dei due fondi, benché non in Africa ma in Sicilia, è stata prospettata, tra gli altri, da G. FRANCIOSI, *Il divieto di piscatio* cit., 102; A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotsklauseln im antiken und modernen Recht*, in *ZSS*. 99 (1982) 213; J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 41. Anche M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*. 91(1988) 910, ritiene ipotesi del tutto preferibile quella secondo la quale sui fondi in questione non si esercitava un *dominium ex iure Quiritium*.

¹⁵ Sugli stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce cfr. G. PURPURA, *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. I - S. Vito (Trapani), Cala Minnola (Levanzo), in *Sicilia Archeologica* XV, 48 (1982) 45-60; ID., *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. II - Isola delle Femmine (Palermo), Punta Molinuzzo (Punta Raisi), Tonnara del Cofano (Trapani), San Nicola (Favignana), in *Sicilia Archeologica* XVIII, 57-58 (1985) 59-86; ID., *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. III - Torre Vendicari (Noto), Capo Ognina (Siracusa), in *Sicilia Archeologica* XXII, 69-70 (1989) 25-37; ID., *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. IV - Un bilancio, in *Atti V Rassegna di Archeologia subacquea - Giardini 1990* (Giardini 1992) 87-101; ID., *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia*. V - Sull'origine bizantina della tonnara. *Rassegna internazionale di Archeologia subacquea* (Acitrezza 30 settembre-3 ottobre 2004).

gola di diritto naturale, impedisce la libera accessibilità e il libero utilizzo del mare. In altri termini, il problema si pone per Ulpiano solo in ragione del particolare oggetto del divieto e delle sue conseguenze; se non fosse stato coinvolto il mare egli nulla avrebbe avuto da obiettare circa la validità ed efficacia di una siffatta statuizione negoziale: non è, dunque, com'è stato affermato¹⁶, un problema di non corretta formulazione della clausola quanto, a me sembra, di esatta percezione del conflitto di interessi che essa solo superficialmente andava a comporre.

Il giurista, dunque, considera degno di tutela l'interesse sottostante alla pattuizione e pertanto si spinge a valutare fino a che punto, e per chi, siano vincolanti le pattuizioni analoghe poste in essere con mezzi di natura contrattuale e sanzionate con una apposita *stipulatio*.

Va rilevato, tuttavia, che se è senz'altro chiara la volontà del venditore per quanto riguarda il contenuto negativo del vincolo pattizialmente imposto, non è certamente altrettanto chiaro, in base al tenore letterale del frammento in esame, chi siano i soggetti passivi di tale divieto, ovvero chi è che, secondo quanto voluto dalle parti, non deve esercitare la pesca davanti ai fondo Botriano. In astratto, infatti, il divieto contrattualmente previsto potrebbe riguardare i proprietari del fondo Botriano, oppure i proprietari del fondo Geroniano¹⁷, oppure entrambi, oppure, infine, chiunque avesse avuto eventualmente l'intenzione di esercitare la pesca nelle acque dinanzi al fondo Botriano.

Né quest'ultima ipotesi può sicuramente escludersi nelle intenzioni delle parti o, quanto meno, del venditore che aveva fatto aggiungere tale specifica pattuizione: dalle fonti, infatti, emergono vari elementi per ritenere che i proprietari di fondi rivieraschi pretendevano, a volte, di imporre limitazioni all'esercizio della pesca nelle acque antistanti i loro possedimenti: evidentemente – nel pensiero comune anche se non in quello dei giuristi – doveva circolare l'idea secondo cui il proprietario di un fondo rivierasco potesse estendere il proprio potere non solo *usque ad sidera* ed *usque ad infera*, come tutti, ma anche in direzione delle acque antistanti considerate, nell'ambito di una estensione peraltro indeterminata, come se fossero cosa propria.

¹⁶ Così J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 45.

¹⁷ Ritiene che sia senza alcun dubbio questa l'opzione corretta G. FRANCIOSI, *Il divieto della piscatio* cit., 101.

Si veda, a tale proposito, quanto affermato in D. 47.10.13.7 (Ulp. 57 *ad ed.*):

Si quis me prohibeat in mari piscari vel everriculum (quod Graece σαγήνη dicitur) ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt qui putent iniuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique esse huic similem eum, qui in publicum lavare vel in cavea publica sedere vel in quo alio loco agere sedere conversati non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat: nam et hic iniuriarum conveniri potest. Conductor autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quo minus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri an non? Et quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est sapissime rescriptum non posse se quem piscari prohiberi: sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest. Usurpatum tamen et hoc est, tametsi nullo iure, ut quis prohiberi possit ante aedes meas vel praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc iniuriarum agi potest. In lacu tamen, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum¹⁸.

Ad Ulpiano viene chiesto se è possibile chiamare in giudizio per il delitto di *iniuria* colui che proibisca ad altri di pescare in mare o di usare una rete a strascico (chiamata dai greci σαγήνη). La fattispecie non doveva certo essere nuova, tant'è vero che il giurista richiama in proposito l'opinione di Pomponio (condivisa da molti altri giuristi) se-

¹⁸ G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris* (Trieste 1941); Q. LOMBARDI, *Libertà di caccia e proprietà privata in diritto romano*, in *BIDR.* 53-54 (1948) 273 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà* (Milano 1952); G. LONGO, *I diritti reali* cit.; A. DELL'ORO, *Le «Res communes omnium» dell'elenco di Marciano e il problema del loro fondamento giuridico*, in *Studi Urbinati* 31 (1962-63) 237 ss.; P. BONFANTE, *Corso di Diritto Romano II.2 La Proprietà* (Milano 1968); U. ROBBE, *La differenza sostanziale tra «res nullius» e «res nullius in bonis» e la distinzione delle «res» pseudo-marciane «che non ha né capo né coda» I* (Milano 1979); da ultimo J.F. GERKENS, *«Aequae perituris...». Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique* (Liège 1997). Il passo è stato di recente sottoposto a fine analisi esegetica da M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., in part. 383 ss., il quale ha escluso qualunque sospetto di interpolazione.

condo cui si potrebbe esercitare in tal caso l'*actio iniuriarum*: ciò, in quanto, essi ritengono che il caso sia simile a quello di colui che impedisca a un altro di lavare in luogo pubblico, oppure di sedersi su una gradinata, oppure impedisca in qualche altro luogo (pubblico) di sedersi o di conversare, oppure si impedisca a qualcuno di servirsi di una cosa che gli appartiene, casi nei quali, appunto, non vi è dubbio che costui possa essere convenuto in giudizio con l'azione di ingiuria.

Tuttavia, il ragionamento di Ulpiano non si arresta all'individuazione di tali similitudini tra le fattispecie, ma va ben oltre. Egli, infatti, ricorda che il mare ed il litorale rientrano nel novero delle *res communes omnium* e, dunque, che esse appartengono in comune a tutti, come pure l'aria¹⁹, e che, proprio sulla scorta di tale considerazione, esistono numerosissimi rescritti secondo cui non si può impedire a nessuno di pescare nè di cacciare gli uccelli, eccezion fatta per la possibilità di vietare ad altri l'ingresso nel fondo.

In definitiva, dunque, il mare ed il litorale marino sono accessibili a chiunque in forza del *ius naturale*, e sostanzialmente non si differenziano, quanto alla possibilità di disporne, dagli altri beni in pubblico uso: infatti, qualunque impedimento all'utilizzazione degli uni come degli altri legittima all'esercizio dell'*actio iniuriarum*. Pertanto, conclude il giurista, chi pretende, seppure senza alcun diritto, di proibire ad altri di pescare dinnanzi alla sua casa o dinnanzi al suo palazzo subirà l'*actio iniuriarum* da parte di chi è stato impedito²⁰. Lo stesso non vale nell'ipotesi di un lago di esclusiva proprietà di qualcuno il quale ben può vietare che vi si peschi.

¹⁹ Sulla comunanza dell'uso del litorale marittimo il giurista si era espresso anche in D. 39.2.24 pr. (Ulp. 81 *ad ed.*): *fluminum publicorum communis est usus, sicut viarum publicarum et litorum*. Per un approfondimento sulla concezione ulpiana per la quale il mare, il litorale marittimo e l'aria sono *res communes omnium*, v. M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di «res publicae»* (Torino 1999) 36 ntt. 104 e 105; 47 e nt. 150, 50 nt. 163, 71 nt. 223, 85 e nt. 267. Da ultimo, in proposito, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 421 ss. il quale, ritenendo sgrammaticato l'inciso *mare comune omnium est et litora* e rilevando una limitazione della fattispecie al solo caso della pesca essendo omissivo qualsiasi riferimento al lido, pone in dubbio che sia il mare che il *litus* fossero stati pacificamente considerati *res publicae* già in età repubblicana; così invece A. DELL'ORO, *Res communes* cit., 244 ss., in part. 256 ss.

²⁰ Sull'*actio iniuriarum* si veda in particolare F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Wien 1969).

Sulle stesse posizioni è il giurista Marciano in D. 1.8.4 pr. (Marcian. 3 *inst.*):

Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt iuris gentium sicut et mare: idque et divus Pius piscatoribus Formianis et Capenatis rescripsit.

A nessuno, dunque, può essere impedito di accedere al mare per pescare, purché non si violino case, edifici o monumenti i quali non sono beni soggetti al diritto delle genti come invece lo è il mare: tale principio, ricorda lo stesso Marciano, è stato ribadito anche dall'imperatore Antonino Pio in un suo rescritto indirizzato ai pescatori di Formia e di Capena.

A sua volta, Gaio va addirittura oltre questa posizione, riconoscendo a chi esercita la pesca nel mare la facoltà di erigere sul litorale una casupola dove potersi riparare: così D. 1.8.5.1 (Gai. 2 *rerum cott. sive aur.*):

In mare piscantibus liberum est casam in litore ponere, in qua se recipiant,

ed è di nuovo Marciano che, in D. 1.8.6 pr. (Marcian. 3 *inst.*), specifica il regime giuridico cui sono sottoposti tal genere di edifici:

in tantum, ut et soli domini constituentur qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin aedificio dilapso quasi iure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, eius fiet.

sviluppando, del resto, quanto aveva già detto Celso in D. 43.8. 3.1 (Cels. 39 *dig.*):

Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

Secondo Celso, essendo l'uso del mare comune a tutti, ne conseguiva che il manufatto ivi edificato appartenesse al costruttore. Per Marciano, inoltre, coloro che erigevano tali insediamenti temporanei funzionali all'esercizio della pesca diventavano proprietari anche del

suolo sul quale essi erano edificati (*et soli domini constituentur qui ibi aedificant*) ma soltanto per il periodo di tempo in cui tali edifici rimasero in piedi: una volta, infatti, che essi fossero rovinati (com'è presumibile, doveva trattarsi per lo più di costruzioni a carattere precario in relazione, del resto, al carattere transitorio della loro utilizzazione) quel luogo ritornava nella situazione giuridica originaria, analogamente a quanto avveniva nell'ipotesi di *postliminium*²¹ (*quasi iure postlimini revertitur locus in pristinam causam*), e se qualcuno avesse edificato nel medesimo luogo ne sarebbe divenuto a sua volta proprietario²².

Come si vede, si tratta di una problematica assai complessa, al di sotto della quale traspare un significativo conflitto tra portatori di interessi tra loro profondamente contrastanti: da un lato, coloro che esercitano la pesca, attività economica di cui veniva evidentemente riconosciuta un'importanza primaria; dall'altro, coloro che sono proprietari dei fondi rivieraschi e che non gradiscono l'intromissione di altri sul proprio fondo o sul tratto di acque fluviali o marine ad esso prospiciente.

In tale scenario si inserisce anche la fattispecie specificamente contemplata in D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*), con le sue particolarità. Dal punto di vista del contenuto del divieto imposto nella clausola aggiunta dal venditore alla compravendita del fondo Geroniano, esso riguarda non qualunque tipo di pesca ma soltanto quella del tonno: evidentemente, le parti non avevano in mente una limitazione generale al diritto di pesca e ciò in quanto, in ipotesi, il proprietario del fondo Bortiano aveva interesse esclusivamente a non essere disturbato da quella

²¹ Tra la vasta letteratura sul *ius postliminii* rimane fondamentale lo studio di L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium* (Napoli 1950); utile anche la lettura di L. SERTORIO, *La prigionia di guerra e il diritto di postliminio* (Torino 1915 [rist. Roma 1971]); più di recente, A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium* (Milano 1992); M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato* (Napoli 1996) con ampi ragguagli bibliografici; M.V. SANNA, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* (Cagliari 1998). Su D. 1.8.6 pr. (Marcian. 3 *inst.*), in particolare, S. SOLAZZI, *Il concetto del ius postliminii* (Milano 1947) 288 ss.; ID., *Studi romanistici I. Il «postliminium rei» e gli immobili*, in *RISG.* 3 (1949) 1 ss.; M. KASER, *Ius gentium* (Köln-Weimar-Wien 1993) 111 e, da ultimo, M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium'* cit., 305 ss.

²² Per maggiori approfondimenti si vedano G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium* cit., 195 ss.; G. LOMBARDI, *Res publicae iuris gentium*, in *Ricerche in tema di 'ius gentium'* (Milano 1946) 47 ss.; U. ROBBE, *La differenza sostanziale* cit.

particolare attività di pesca che si svolgeva con tecniche e secondo modalità – la cd. “mattanza” descritta già da Eliano²³ e da Marco Manilio²⁴ – tali da risultare particolarmente invasive e dannose per i fondi posti sul litorale; ovvero, si può anche supporre che la clausola in questione fosse finalizzata ad evitare la concorrenza nella pesca del tonno nei confronti del fondo Botriano, magari anche in considerazione delle migrazioni dei tonni²⁵, ovvero ancora, si può supporre che, magari, l’interesse del venditore era tutelato in tali termini per il fatto che il fondo Geroniano era stato venduto ad un imprenditore della pesca del tonno. A tal ultimo proposito, si è sostenuto che il divieto in esame dovrebbe essere inquadrato tra le clausole di non concorrenza commerciale²⁶: il venditore avrebbe così voluto impedire all’acquirente la concorrenza nella pesca del tonno praticata nello stesso braccio di mare. Si è, tuttavia, osservato che parrebbe trattarsi di una lettura eccessivamente modernizzante²⁷: in effetti, come è stato notato giustamente, il *contra eum* in D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*) non allude al *venditor* ma sicuramente al fondo mentre le servitù industriali sono costituite a beneficio dell’azienda insediata sul fondo e non di quest’ultimo che rappresenta esclusivamente la sede dove si svolge l’attività di produzione.

Né sembra condivisibile l’interpretazione di coloro²⁸ che hanno ritenuto che la clausola contrattuale in questione fosse giustificata esclusivamente dal bisogno di quiete e tranquillità del venditore, che non avrebbe voluto essere disturbato dalla confusione che inevitabil-

²³ Aelian. 15.5.

²⁴ Manil. *astronom.* 5.666. Sulla pesca del tonno v. G. LAFAYE, *sv. Piscatio et Piscatus* in *DS.* IV.1, 489-494 e E.J. SHEPHERD, *La pesca del tonno a Baratti (Piombino - Li) in età romana*, in www.cosedimare.com, in part. il cap. “La macchina da pesca”. Altri ragguagli sulle modalità della pesca del tonno e sulle particolari attrezzature e manufatti necessari, cfr. J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 45. Si tratta insomma di un tipo di pesca che non si svolge soltanto in mare ma anche, in buona parte, sul litorale: ecco perché una servitù può essere imposta al titolare del fondo.

²⁵ Così G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., 789 ss. e G. FRANCIOSI, *Il divieto della piscatio* cit., 102. Per ulteriori approfondimenti si v. anche A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., 188 ss. Contrario, invece, M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 424 s.

²⁶ Così W. DAJZAK, *L’uso della locuzione bona fides* cit., 81.

²⁷ Cfr. in tal senso M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 425 nt. 87; in senso conforme G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi (D. 8.4.13 pr.)* cit., 17.

²⁸ Così A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., 212 ss., la cui opinione è condivisa da M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 424 s.

mente accompagna la pesca del tonno: appare, in altri termini, assai improbabile che Ulpiano, a fronte delle problematiche connesse alla contrapposizione di significativi interessi economici tra proprietari dei fondi rivieraschi e imprenditori dediti alla *piscatio tynnaria*, si interessasse proprio di un caso, certamente del tutto particolare, di un *dominus* (quello del fondo Botriano) preoccupato esclusivamente di salvaguardare la propria tranquillità²⁹.

Quale che fosse, ad ogni modo, la ragione della limitazione imposta dal venditore, quest'ultimo appare tuttavia consapevole dell'esigenza di renderla giuridicamente vincolante per il suo destinatario: evidentemente, dovette cominciare ad essere sempre più diffusamente recepito l'orientamento dei giuristi, corroborato, come si è visto, da numerose pronunce imperiali, per il quale al proprietario del fondo rivierasco non era consentito, in virtù di tale sola sua qualità, limitare o proibire ad altri l'esercizio dell'attività della pesca; il *dominus*, qualora fosse interessato a ciò, doveva ottenere la tutela del suo interesse ricorrendo ad altri strumenti apprestati dall'ordinamento, i quali, del resto, essendo contenuti in una clausola negoziale, avrebbero avuto necessariamente un'efficacia soggettiva limitata non potendo ritenersi vincolanti anche nei confronti di coloro che, invece, erano rimasti estranei agli accordi intercorsi tra le parti della compravendita.

3. *La soluzione prospettata da Ulpiano.* – Una volta delineato lo sfondo sul quale si pone la problematica sottoposta al parere di Ulpiano, appare maggiormente comprensibile il ragionamento seguito dal giurista, i cui sforzi appaiono tutti orientati ad elaborare una soluzione che, in qualche modo, riesca a contemperare gli opposti interessi in gioco.

Se infatti, come si è visto, la giurisprudenza era sostanzialmente omogenea nel ritenere non lecita l'interdizione, sotto qualunque forma, della pesca ad opera del proprietario di un fondo, considerando

²⁹ In tal senso G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi* (D. 8.4.13 pr.) cit., 18 il quale, condivisibilmente, osserva che: «È francamente assai improbabile che nell'unico testo del Digesto riguardante la pesca del tonno la riserva del venditore, nonostante i grandi interessi economici in gioco, derivasse solo da un'esigenza di quiete e non da un probabile conflitto di grandi interessi economici in gioco».

anzi tale impedimento come una sorta di *iniuria* arrecata a chi intendeva esercitare la pesca, tuttavia, il caso prospettato si poneva come peculiare in quanto in esso si rinvenivano elementi e caratteristiche tali da far ritenere non infondata la pretesa di inibire l'esercizio dell'attività di pesca. Ed infatti, nella fattispecie esaminata da Ulpiano, il divieto contrattualmente imposto dal venditore del fondo Geroniano non aveva un contenuto generale, non si estendeva cioè a qualunque tipo di pesca ma soltanto a quella del tonno: si tratta, invero, com'è noto, di una forma di pesca molto particolare, le cui modalità di svolgimento (la cd. "mattanza") risultano senz'altro devastanti per i fondi rivieraschi in prossimità dei quali essa si svolge (si tratta di convogliare i tonni in una serie di trappole che vengono poi elevate dal mare per procedere all'arpionamento dei pesci), i quali sono dapprima utilizzati per sistemarvi ed erigervi tutti gli strumenti e le strutture necessarie e, successivamente, vengono inondati da tutti i materiali, organici e non, di risulta della cattura ed uccisione dei tonni; peraltro, lo svolgimento della pesca del tonno nel tratto di mare prospiciente al fondo venduto, avrebbe comunque comportato l'occupazione di un tratto di litorale con tutte le attrezzature necessarie, con conseguente deprezzamento dell'immobile³⁰. Senza contare, inoltre, che tale pesca si compie solo in determinati periodi dell'anno, in connessione con i flussi migratori dei tonni, periodi nei quali i fondi magari risultano adibiti a colture che potrebbero essere gravemente danneggiate dall'"invasione" dei pescatori e che, inoltre, nel caso in esame, come alcuni autori hanno supposto, poteva anche esserci un interesse specifico del proprietario venditore connesso all'essere egli stesso dedito a tale forma di pesca³¹.

³⁰ Se è vero, infatti, come rileva B. SANTALUCIA, *Libri opinionum* cit., 256 nt. 26, in opposizione a B. BIONDI, *Le servitù prediali* cit., 193, che dal testo non risulta espressamente che la clausola patrizia fosse diretta ad impedire all'acquirente di impiantare sul fondo le attrezzature di una tonnata, soprattutto con le reti che formano la cd. "camera della morte", tuttavia tale ipotesi appare altamente probabile.

³¹ Per quest'impostazione cfr., per tutti, G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., 807 ss., seguito di recente da J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 43 s. e da A. WACKE, *Wettbewerbsfreiheit* cit., 212 ss., il quale ultimo A. interpreta la clausola apposta alla compravendita come esprimente un bisogno di tranquillità da parte del venditore che non voleva essere disturbato dall'immensa confusione che accompagnava la pesca del tonno. Questa lettura è stata accolta anche da M. FIORENTINI, *Sulla rilevanza economica e giuridica delle ville marittime* cit., 165 s. Non sembra condivisibi-

Ad ogni modo, quale che fosse la ragione del divieto, essa, almeno a giudizio di Ulpiano, dovette essere tale da far apparire degno di tutela l'interesse del proprietario del fondo ad impedire quel particolare genere di pesca nelle acque ad esso antistanti. Al giurista, infatti, non sfuggiva certamente che il divieto di esercitare la pesca del tonno dinanzi al fondo venduto non poteva essere imposto con una disposizione tra privati perché, altrimenti, si sarebbe costituita una servitù sul mare, che, in quanto *res communis omnium*, per sua natura è aperto a tutti e, dunque, da tutti utilizzabile: ciononostante, egli si premura di valutare se ed in quali termini potesse tuttavia ammettersi una qualche efficacia ad un divieto siffatto stabilito in base alla volontà contrattuale delle parti della compravendita.

Sulla scorta di tale ultima constatazione, Ulpiano osserva che poiché la buona fede contrattuale richiede di osservare quanto disposto nella vendita, i possessori e i successori sono obbligati a quanto statuito in una stipulazione o in una vendita³². In definitiva, la posizione del giurista appare ispirata ad un equilibrio estremamente concreto: Ulpiano, infatti, non vanifica del tutto la clausola limitatrice, ma ne circo-scrive gli effetti.

le, tuttavia, quanto afferma lo stesso M. FIORENTINI, *Fiumi e mari* cit., 423, secondo cui lo studio del passo nell'ottica delle servitù industriali e dei patti di non concorrenza industriale e commerciale avrebbe, addirittura, "aumentato la confusione esegetica"; fondato, invece, appare quanto osserva l'A., *Fiumi e mari* cit., 424 s., relativamente al fatto che non vi sarebbero indizi testuali che depongano per l'inquadramento della fattispecie discussa in D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*), nell'ambito delle clausole di non concorrenza: in effetti, l'*eum* va riferito a *fundum* e non a *venditor* e perciò andrebbe inteso nel significato di "contro, dirimpetto, di fronte" al fondo in questione.

³² Anche se, come si è già detto, l'attribuzione ad Ulpiano è discussa, vi è tuttavia consenso nel ritenere che le '*Opiniones*' fossero un manuale di istruzioni per il governatore provinciale. Cfr. al riguardo, B. SANTALUCIA, *I libri opinionum* cit., 21 ss. Il carattere provinciale trova conferma anche nel passo in esame, ove risulta da tre elementi; in primo luogo balza all'occhio la denominazione dei fondi, uno dei quali è detto Botriano (Botria, per l'appunto, era una città nordafricana tra Cartagine e Adrumeto); in secondo luogo, il passo sembra presupporre che le servitù prediali si possano costituire tramite patti e stipulazioni (il qual "modo di costituzione" era tipico dei fondi provinciali); in terzo luogo, i titolari dei fondi vengono denominati '*possessori*' (al qual proposito si consideri che '*possessio*' era il nome tecnico per designare, per i fondi provinciali, il diritto reale equivalente alla proprietà).

Dunque, Ulpiano, come si è visto, in primo luogo nega che la clausola aggiunta alla compravendita del fondo Geroniano sia idonea a far sorgere *un diritto reale di servitù* ma non per un motivo formale bensì perché il fondo servente, secondo il giurista, si sarebbe inevitabilmente concretato nel “tratto di mare” antistante al fondo Botriano: l’invalidità, dunque, era connessa alla inidoneità del fondo servente. Il giurista afferma, tuttavia, che, in virtù del principio di buona fede, per il quale bisogna rispettare le clausole negoziate in una compravendita, il divieto di pescare il tonno produceva obbligazioni a carico *dei possessori del fondo e dei loro successori*.

In definitiva, il giurista Ulpiano ha ben chiari i termini di riferimento per la soluzione del caso sottopostogli: da un lato, *la capacità dei fondi* ad essere o dominanti o serventi in un rapporto di servitù prediale; *la utilitas del fondo dominante* che, appunto in quanto tale, deve riguardare il fondo andando al di là degli interessi del titolare attuale; *la tipicità delle fattispecie* negoziali, cioè il carattere tassativo degli atti giuridici idonei a costituire, modificare, estinguere, le servitù; dall’altro, le norme sulla compravendita ed in particolare, *la sua natura di buona fede quale contratto consensuale* da cui deriva l’obbligo di adempiere a quanto pattuito in sede contrattuale (*‘contractus legem servare’*).

Dunque, la problematica giuridica si articola in punti diversi, ciascuno dei quali viene considerato specificamente. In primo luogo, Ulpiano esclude che nella fattispecie in esame sia ravvisabile un diritto reale di servitù che identifichi il tratto di mare (antistante al fondo Botriano) come *fondo servente*, e ciò in quanto il mare è *res communis omnium* per natura. In tal senso, per l’appunto, Ulpiano imposta il problema e lo risolve, non accedendo a quell’ulteriore e possibile percorso interpretativo che avesse ravvisato come fondo servente non il tratto di mare antistante ma lo stesso fondo Geroniano, consentendo così di superare l’ostacolo in cui ci si imbatte allorché si pensa, come fondo servente, al tratto di mare³³: tuttavia, non sembrano esservi dub-

³³ Tuttavia, per qualche verso, il percorso interpretativo era percorribile tramite un ragionamento del seguente tenore: l’attività preclusa è bensì la pesca del tonno effettuata *nel mare*, ma, in tale ottica, il mare non rileva come fondo servente, ma solo come luogo in cui i titolari del fondo servente non possono esercitare una determinata attività. Comunque – lo si è visto – si tratta di una possibilità argomentativa non percorsa dal giurista romano.

bi sul fatto che, a parere di Ulpiano, il caso porti a ravvisare il fondo servente nel tratto di mare.

Ciononostante, a tale specifico riguardo è stato di recente sostenuto³⁴ che l'anomalia di considerare il mare – *res communis omnium* – quale luogo del *non facere* in cui si estrinsecava il divieto di pesca del tonno imposto dall'alienante del fondo Geroniano, con la conseguenza che la servitù, dapprima esclusa, verrebbe poi, di fatto ad essere riconosciuta configurandola tra quei rapporti provinciali idonei a far sorgere sul mare situazioni rapportabili a diritti reali, potrebbe essere agevolmente superata laddove si tenesse in debito conto il fatto che, in età classica, si faceva ricorso ad una tecnica di cattura del tonno, differente da quella, a tutt'oggi praticata, che implicava l'uccisione dei pesci, non in alto mare, in una "camera della morte"³⁵, ma proprio sulla riva del fondo litoraneo³⁶. Ne conseguirebbe, pertanto che, svolgendosi la mattanza sulla spiaggia, il *non facere* richiesto all'acquirente del fondo Geroniano avrebbe potuto, allora, consistere non soltanto nel non porre in mare una rete di sbarramento, ma anche nel non effettuare sulla riva, e dunque nel fondo venduto, le attività connesse alla pe-

³⁴ Cfr. G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi* (D. 8.4.13 pr.) cit., 18 ss.

³⁵ Secondo G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi* (D. 8.4.13 pr.) cit., 19, la comparsa della tonnata con "camera della morte" fu un'innovazione tecnica, databile intorno alla prima metà del IX sec. d.C., idonea a ridurre notevolmente la manodopera, al contempo aumentando il numero delle catture e la resa degli impianti.

³⁶ Tale tecnica di pesca è ben descritta da G. PURPURA, *Servitus thynnos non piscandi* (D. 8.4.13 pr.) cit., 19: «Avvistati i branchi di pesci dalle torri lignee poste in terraferma, il corso dei tonni veniva dirottato da reti di sbarramento fisse, da tempo predisposte, verso il fondo di un'insenatura della costa, ove gli animali venivano chiusi da altre reti a sciabica che – non calate questa volta in anticipo, ma solo dopo l'avvistamento dei pesci – erano tratte inizialmente da veloci imbarcazioni che navigavano da una sponda all'altra della cala e poi da uomini in terra. Le opposte estremità della sciabica venivano infatti tirate dalla riva, ove i pesci per la ristrettezza dello spazio disponibile morivano per asfissia, per colpi di coda reciproci o per ferite d'arpione e di bastone. Il pescato, immediatamente ripulito e suddiviso sul medesimo lido, veniva poi posto in vasche fuori dalla portata delle onde per il definitivo trattamento e la salagione».

Si vedano inoltre, Oppian. 3.640; Aelian. 15.5-6; G. VARGAS, *Pesca, sal y salazones en las ciudades fenicio-púnicas del sur de Iberia*, in *De la mar y de la tierra. XV Jornadas de Arqueología fenicio-púnica - Ibiza 2000* (Ibiza 2001) 9 ss. Per approfondimenti, cfr., G. PURPURA, *Pesca e stabilimenti antichi per la lavorazione del pesce in Sicilia. V. Sull'origine bizantina della tonnara* cit.

sca ed alla lavorazione del tonno. Il venditore del fondo Geroniano invece, intercettati in mare i tonni, avrebbe potuto liberamente pescarli sulla riva, incrementando così il valore dell'eventuale impianto per la lavorazione del pesce in terra ferma (*utilitas fundi*). Proprio in considerazione del fatto che alcune operazioni connesse a tale genere di pesca si svolgevano in mare ed altre sul litorale, Ulpiano avrebbe avvertito la necessità di escludere la possibilità di costituire una servitù sul mare, finendo poi, nella seconda parte del passo, per riconoscere una pratica economicamente significativa e diffusa in ambito provinciale.

Pur ribadendo le perplessità sopra evidenziate in ragione del fatto che non sembrano esservi dubbi che Ulpiano ravvisi il fondo servente nel tratto di mare antistante il fondo Botriano, va rilevato che, ad ogni modo, per il giurista, l'impossibilità di ammettere un diritto reale di servitù non implica di conseguenza che l'assetto di interessi così manifestato non debba ricevere alcuna considerazione: egli, anzi, si premura di valutare se è almeno possibile salvare in qualche modo la volontà contrattuale delle parti e, proprio nell'intento di tutelare il valore della pattuizione, Ulpiano si rifà al principio di buona fede, da cui è retta la compravendita, che impone l'osservanza degli accordi. Ovviamente, il vincolo è limitato alle parti contrattuali: pertanto, il fondo ed il tratto di mare prospiciente resteranno liberamente accessibili per tutti gli altri soggetti che (estranei al contratto) non hanno preso parte alla pattuizione con cui è stato stabilito il divieto di pesca.

4. *L'efficacia del divieto.* – Proprio sulla scorta di tale ultima considerazione resta da valutare a chi si riferisce il divieto di esercitare la pesca del tonno.

In primo luogo, ritengo che il giurista, parlando di '*possessori*', in coerenza con la ricostruzione del fatto, si riferisce certamente al proprietario del fondo Botriano e al proprietario del fondo Geroniano (si noti infatti il plurale *possessores* che sarebbe stato incongruo ove il giurista avesse voluto riferirsi a uno solo dei due).

Ma il problema vero è senza dubbio un altro: a quali soggetti, tra quelli estranei alla pattuizione negoziale intercorsa tra il venditore ed il compratore del fondo, si estendono gli effetti di questa?

In altri termini, va chiarito se il giurista, parlando di '*successori*' (*in ius succedentium*), si riferisce, in senso ampio, a tutti coloro che su-

bentrino nella titolarità del fondo *a qualsiasi titolo* (ivi compresi gli acquirenti a titolo particolare) oppure si riferisce, in senso stretto, ai soli eredi, e cioè ai successori *a titolo universale*, in conformità, del resto, a quanto sostenuto già dalla Glossa³⁷ e dai Commentatori i quali, parimenti, ritennero la clausola vincolante esclusivamente per il compratore del terreno e per i suoi eredi: la successione dell'erede nell'obbligo assunto dal *de cuius* di non svolgere la pesca del tonno spiegherebbe così come si venissero a produrre degli effetti assimilabili a quelli scaturenti da un rapporto di natura reale³⁸.

Fermo restando che, ovviamente, trattandosi di fondi provinciali l'espressione *successio in ius* è non del tutto corretta, non essendo certamente la *possessio* formalmente un diritto nel quale si subentra, la risposta che qui si ritiene preferibile in rapporto alla soluzione data da Ulpiano al caso in esame, orientata verso la sussistenza di un rapporto obbligatorio sì, ma sicuramente peculiare, va nel senso che il giurista non si riferisce ai soli successori a titolo universale: se tale fosse stata l'intenzione di Ulpiano, egli, molto probabilmente avrebbe utilizzato il termine più appropriato di *heredes*. Il richiamo alla buona fede, invece, fonda l'obbligo di rispettare quanto pattuito dal dante causa anche nei confronti del suo successore a titolo particolare: si tratta, dunque, di un obbligo di correttezza che impone di riconoscere ed osservare ciò a cui si era obbligato il proprio predecessore secondo un principio che trova altre attestazioni nelle fonti³⁹; del resto, l'interesse sotteso alla costituzione del divieto di pesca del tonno era connesso al fondo e non al titolare di esso: le ragioni che lo avevano giustificato all'atto della sua costituzione, addirittura consentendo di superare una regola opposta

³⁷ *Accursii Glossa in Digestum Vetus* (Torino 1969) (*Corpus Glossatorum iuris civilis* VII) 156 ss., glossa *Succedentium*.

³⁸ Baldus Ubaldis, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria* (Venezia 1577) 329; Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria in primam et secundam Digesti Veteris partem* (Lion 1560) 223. Respinge tale tesi e riafferma l'estensione dell'obbligo anche i successori a titolo particolare J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 41 s.

³⁹ CI. 3.34.3 (Anton. [Alex.] Ricanae): *Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt si ea praecesserint quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere iure non potuerunt cum eodem onere per fendas servitutis transire ad emptores eadem praedia posse*. PP. k. mai. Maximo II et Aeliano cons. (a. 223).

del *ius naturale*, permanevano dunque anche in occasione del trasferimento del fondo medesimo, sia a titolo universale che particolare⁴⁰.

In definitiva, il giurista afferma che diritti reali di servitù non ne sorgono; sorgono, invece, rapporti obbligatori vincolanti sia per i contraenti sia per i loro eredi, così come anche per eventuali altri aventi causa a titolo particolare.

Il divieto di *piscatio thynnaria* di cui si parla in D. 8.4.13 pr. (Ulp. 6 *opin.*) rappresenta, in conclusione, una di quelle situazioni giuridiche, tipiche dell'ambiente provinciale, che, sorte mediante *pactio et stipulatio*, producevano, come si legge in Gai. 2.31, non dei meri effetti obbligatori: in provincia, *infatti*, afferma Gaio, tali mezzi di natura contrattuale erano idonei a costituire situazioni rapportabili a diritti reali (usufrutto, servitù di passaggio ed acquedotto, *ceteraque similia iura*): si trattava, secondo un'opinione diffusa⁴¹, non di veri e propri *iura in re* ma di rapporti obbligatori di tipo ambulatorio, come tali vincolanti, oltre che per le parti contraenti, anche per i loro successori, a titolo sia universale che particolare, ai quali si trasmetteva l'obbligo del dante causa⁴².

Ciò consente di superare la difficoltà rappresentata dall'enunciata opponibilità ai *successores* del rapporto costituito *per stipulationis vel ven-*

⁴⁰ In tal senso J. HALLEBEEK, *Legal Problems Concerning a Draught of Tunny* cit., 46 s., cui si rinvia anche per l'indicazione di altre fonti testuali dalle quali sembrerebbe emergere il principio secondo cui quando la servitù è costituita a vantaggio del fondo essa si trasmette a tutti coloro che succedono nel possesso del fondo servente.

⁴¹ L'opinione, formulata per la prima volta da R. VON JHERING, *Passive Wirkungen der Rechte*, in *Jahr. Dogm.* 10 (1871) 554 ss., è stata successivamente ripresa da G. PROVERA, *Visuali romanistiche* cit., 811 ss. Analogamente anche S. SOLAZZI, *Requisiti* cit., 109 ss. e ID., *Stipulazioni di servitù prediali*, in *Iura* 5 (1954) 126 ss.; P. FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione dell'usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi di Cagliari* 22 (1934) 99 ss.; B. SANTALUCIA, *Libri opinionum* cit., 257 e nt. 28.

⁴² Altri autori, invece, ritengono che *pactiones et stipulationes* avessero veri e propri effetti reali: così, S. RICCOBONO, *Dies e condicio* cit., 357 ss.; C.A. MASCHI, *Contributo allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR.* 46 (1939) 274 ss.; B. BIONDI, *Le servitù prediali* cit., 248; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*² (Torino 1958) 355 ss. e ID., *Le servitù prediali* cit., 193 ss. Di recente la fondatezza di tale opinione è stata ribadita da M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* cit., 910, il quale ritiene difficilmente superabile l'attestazione contenuta in Gai. 2.31 per cui le *pactiones et stipulationes* sono, per l'appunto, creative dell'*usufructus* e di altri *iura* quali il *ius eundi agendi, aquam ducendi* etc.

ditionis legem, dato che esso avrebbe avuto comunque un contenuto reale e non meramente obbligatorio, e si avvalora così la tesi di coloro che hanno ritenuto non inverosimile l'ipotesi secondo cui già in età classica si siano cominciate a denominare *servitutes* i rapporti costituiti mediante *pactio et stipulatio* che trovavano tutela presso il pretore⁴³.

⁴³ C.A. MASCHI, *Contributo cit.*, 293 ss.

XI

VIOLAZIONE DEL CRITERIO DELLA BUONA FEDE E RISARCIBILITÀ DEL DANNO CONSEGUENTE: BREVI PROFILI COMPARATISTICI *

1. *Introduzione.* – Il titolo del mio contributo, volutamente tenuto nel vago, nasconde in realtà la volontà di tentare di delineare un rapporto tra la categoria romanistica del “*dolus generalis seu praesens*”, la categoria generale “buona fede oggettiva” di impostazione civilistica, il vizio di sviamento dell’atto e del comportamento amministrativo e la risarcibilità del danno conseguente alla violazione dei criteri indicati.

La risarcibilità è, infatti, a mio avviso, l’elemento unificatore che, per così dire, privatizza anche i criteri di valutazione dell’atto di derivazione pubblicistica. Si tratta, in effetti, in tutti i casi richiamati, di modelli di riferimento e di esercizio del controllo giurisdizionale.

L’*actio*, la tutela accordata alle posizioni individuali di interesse, al di là di ormai superate articolazioni di queste ultime – e qui è trasparente il riferimento allo storicamente dato e datato discrimine tra diritto soggettivo e interesse legittimo, la cui unica reale funzione è stata, a mio avviso quella di operare come criterio di ripartizione tra giurisdizioni: moduli organizzativi, dunque, e non categorie di reale con-

* Il presente saggio costituisce la versione aggiornata, sia nell’apparato bibliografico che nelle note, dell’omonimo contributo già pubblicato in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese III* (Padova 2003) 27 ss., e, successivamente, in A. PALMA, *Giustizia e senso comune* (Torino 2006) 13 ss.

sistenza tecnica¹ – l'*actio*, dicevo, è il medium attraverso il quale si consente al giudice di verificare la corrispondenza dell'atto alle sue finalità tipiche, ma tipiche nel senso di sistematicamente ed evolutivamente interpretate come conformi all'equità, al *bonum et aequum*.

Il ruolo di tutte le clausole generali – buona fede, ma anche umanità/*humanitas*, benignità/*benignitas*, civiltà/*civilitas* – è, in effetti, quello di affidare alla discrezionalità del giudicante alcuni criteri per leggere ed applicare il sistema normativo con la maggiore uniformità possibile.

È facile obiettare, forse è giusto addirittura, che comparazioni così estese rischiano di dimostrare l'ovvio. Ritengo, tuttavia, che la tradizione giuridica sia talmente compatta da meritare una contemplazione unificante, senza appiattimenti improvvidi e svianti: la ricomposizione delle categorie giuridiche per linee che attraversino le varie esperienze storiche ed i diversi settori disciplinari appare, pertanto, un dovere scientifico in una fase di necessaria rifondazione della teoria generale.

2. *Buona fede e abuso del diritto.* – Dunque, *non omne quod licet honestum est*.

L'antico brocardo sta a testimoniare una ben risalente constatazione della possibilità che un atto o, più in generale, un comportamento, risulti essere al contempo astrattamente conforme ad uno specifico diritto soggettivo di cui è esplicazione, e tuttavia contrario, per le modalità concrete e peculiari nelle quali esso si realizza, al diritto oggettivamente inteso.

¹ Particolarmente utili le riflessioni critiche sulla "reificazione" del diritto soggettivo formulate da K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto* (tr. it. Milano 1967) 70 ss.; in Italia, più di recente, S. CASTIGLIONE, *Realismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI (Torino 1997); sempre in chiave critica alla reificazione del diritto soggettivo, è la posizione di un altro celebre esponente del realismo giuridico. A. ROSS, *Diritto e giustizia* (tr. it. Torino 1990) v. spec. 164 ss.: "bisogna ribadire che il concetto di diritto soggettivo è senza alcun riferimento semantico. Esso non designa qualche fenomeno che si inserisca tra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è un mezzo che consente di rappresentare ... il contenuto di un insieme di norme giuridiche". Inoltre, sulla storicità del concetto di diritto soggettivo, cfr. P. BARCELLONA, *Il problema dei rapporti tra il soggetto e l'ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti* I.1 (Milano 1978) 56 ss.

In altri termini, l'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento può concretizzare un abuso ogni volta che, intenzionalmente o meno, esso risulti deviante dalle finalità per le quali l'ordinamento riconosce e tutela quella posizione di vantaggio. Appare conseguentemente evidente la necessità di un controllo (giudiziario) sulle concrete modalità di svolgimento della condotta che superi i confini della regola formale².

Nel nostro ordinamento, la vigenza del principio generale che vieta di abusare del proprio diritto si fonda essenzialmente sull'esistenza di norme come quelle che impongono la correttezza e la buona fede³

² Per una suggestiva e completa rassegna di giurisprudenza dalla quale si evince, tra l'altro, come tale controllo viene talvolta svolto, pur essendo l'argomentazione altrimenti fondata, attraverso un'inespressa o inconsapevole applicazione del principio della buona fede oggettiva, si veda L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. Galgano (Padova 1988) 527 ss. e 575 ss., nonché A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contratto e impresa* 2 (1990) 702 ss. in part. 722 ss.

³ La stretta connessione della tematica dell'abuso del diritto con la regola della buona fede è comunemente riconosciuta dalla dottrina: cfr. F. CARINGELLA, *L'atto emulativo e l'abuso del diritto*, in *Studi di diritto civile* II (Milano 2005); U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1958) 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio* I (Milano 1974); ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.* 1 (1961), 157 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* (1965) 205 ss.; ID., *L'abuso del diritto* (Bologna 1998); C. SALVI, *v. Abuso del diritto* I (*dir. civ.*), in *EG. I* (Roma 1988) 3 s.; S. PATTI, *v. Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. I (Torino 1987) 61 ss.; SALV. ROMANO, *v. Abuso del diritto* (*dir. attuale*), in *ED. I* (Milano 1958) 168; A. GAMBARO, *v. Abuso del diritto* II (*dir. comparato e straniero*), in *EG. I* (Roma 1988) 5. Sulla distinzione tra buona fede e abuso del diritto, specificamente, G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1971) 613 ss. Secondo R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. priv.* (Padova 1997) 217, invece, l'abuso del diritto rappresenterebbe un "inutile doppione" della buona fede, privo di ogni rilevanza giuridica, ponendosi, sostanzialmente, sulla scia del ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. dir. civ.* (1923) in part. 105, 116, 209. Da ultimo, sull'argomento, accettando l'opinione prevalente, F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*. Nota a Cass. civ., sez. II, 15 marzo 2004, n. 5240, in *Nuova giurispr. civ. comm.* 3 (2005), 342 ss. nonché, per una ricostruzione particolarmente approfondita, F. ASTONE, *Ritardato esercizio del diritto, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.* 5 (2005), 603 ss. Si segnala, inoltre, M. ATIENZA - J.R. MANERO,

nell'ambito delle situazioni proprietarie (basti pensare, ad esempio, alla teorica degli atti emulativi *ex art.* 833 c.c., ovvero al divieto, *ex art.* 840 c.c., imposto al proprietario del fondo di opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle), nello svolgimento dei rapporti obbligatori e nell'esercizio dell'autonomia contrattuale⁴, norme in relazione alle quali è, per l'appunto, possibile

Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere (Bologna 2004) e la relativa *rec.*, a cura di C. RESTIVO, in *Europa e dir. priv.* (2005) 571 ss. Di recente, sull'argomento è intervenuto C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto* (Milano 2007): l'A., dopo aver dato ampia contezza dell'incerta definizione del concetto di "diritto soggettivo", tra "interesse protetto" e "signoria del volere", con particolare riferimento all'ambigua relazione con il "diritto oggettivo" ed il c.d. *agere licere*, affronta la "contraddittoria" formula dell'abuso del diritto, concludendo per la sussistenza di una distinzione ontologica tra "buona fede" e "abuso del diritto".

⁴ Per un'articolata e completa disamina di tali norme si rinvia a M. BESSONE - A. D'ANGELO, *v. Buona fede*, in *EG. V* (Roma 1988) 1 ss. In particolare, sull'art. 840 c.c., di recente, R. FERORELLI, *Esercizio della proprietà e regime dei beni situati nel sottosuolo*, in commento a Cass. 6 settembre 2002, n. 12983, in *Giur. it.* I.1, 429 ss. Sul rimedio esperibile dal proprietario di cui all'art. 1015 c.c., ad esempio nel caso di abuso del diritto di usufrutto, modificandone la destinazione economica (v. anche l'art. 981 c.c.), più di recente, v. A. LAMANUZZI, *L'abuso del diritto nei rapporti di godimento su cosa altrui* (Bari 2005) 104 ss.; in giurisprudenza, si ricordi, Cass., sez. un., 14 febbraio 1995, n. 1571, in *Foro it.* I (1996) 216 ss. Altra fattispecie normativa considerata di abuso del diritto è rappresentata dall'art. 1438 c.c. che, in materia di minaccia di far valere un diritto, tutela, appunto, la libertà della volontà negoziale prevedendo come rimedio l'annullabilità del negozio: in argomento, cfr. M. BARCELLONA, *La buona fede ed il controllo giudiziale del contratto*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo* (Torino 2002) 311 s. Si consideri anche la fattispecie del conflitto d'interessi nell'ambito della rappresentanza (art. 1394 c.c.): in proposito, vanno, innanzitutto, ricordati G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 1 (1949) 243 ss.; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus* (1960) 149 ss.; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.* IV (1939) 1 ss.; ID., *Studi di teoria generale del diritto* (Milano 1953); N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1950) 351. Particolarmente significativa, in proposito, la ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, I.1 e I.2 (Torino 1987) spec. 340 e 570 ss.: l'interesse assume la funzione di controllo della situazione giuridica soggettiva che può dar luogo a possibile conflitto, appunto, d'interessi. Sull'argomento, cfr. anche, S. PUGLIATTI, *Abuso di rappre-*

effettuare un controllo degli atti di esercizio del diritto sulla base di criteri non formali di valutazione, superando così i confini dello stretto diritto⁵.

È proprio il contenuto normativo di queste due clausole generali, infatti, – sulla cui identità sostanziale di contenuto e di ambito operativo la dottrina è in prevalenza ormai d'accordo⁶ – a legittimare, secondo la maggior parte della civilistica contemporanea⁷, un sindacato sugli

sentanza e conflitto d'interessi, in *Studi sulla rappresentanza* (Milano 1965) 305; F. CARRESI, *In tema di diritto e di abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. comm.* I (1951) 209; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli II (Torino 1960) 589; in chiave critica, L. FRANCARIO, *Il conflitto d'interessi nella rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale* VI (Torino 2000) 69 ss.; C. DONISI, *Il contratto con sé stesso* (Napoli 1982); ancora, più di recente, A. GENTILI, *A proposito de il "diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.* 11 (2004), 367 ss. Sul comportamento sotto condizione (v. art. 1359 c.c.), si vedano A. FALZEA, *v. Condizione*, I) *Diritto civile*, in *EG.* VII (Roma 1988) 2, e P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in *ED.* VIII (Milano 1961) 765; più di recente, C. RESTIVO, *Note critiche sul ruolo della buona fede nella disciplina della condizione*, in *Giur. it.* I.1 (2006) 1143 ss.

⁵ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto* cit. 26 ss.

⁶ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo I (Milano 1974) 9 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1969) 132 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Scialoja e Branca, artt. 1173-1176 (Bologna-Roma 1988) 290 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *v. Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. II (Torino 1988) 169 ss.

⁷ Per tutti, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede, Atti della giornata di studio tenuta a Pisa il 14 giugno 1985* (Milano 1987) 13 ss. Inoltre, E. ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali* (Napoli 1983) 156 ss.; e, più di recente, E. FABIANI, *Clausole generali e rendiconto della Cassazione* (Torino 2003) 17 ss.: gli aa. richiamano l'attenzione sull'utilizzazione da parte del Supremo Collegio del principio di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., in funzione di controllo sull'uso delle clausole generali. Più di recente, vedasi O. TROIANO, *Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario*, in *I contratti* (2006) 191 ss. L'a., in una prospettiva europea e comunitaria, dedica speciale attenzione all'applicazione giurisprudenziale della clausola della buona fede oggettiva, con particolare riferimento al controllo della "vessatorietà" del contratto, denunciando la scarsa sensibilità, ancora oggi, della giurisprudenza italiana in sede applicativa. Argomento, questo, affrontato in sede di lavori della nota *Conference sul tema Standard Contract Terms in Europe: a Basis for and a Challenge to European Contract Law*, tenutasi in Praga i giorni 17/18 giugno 2005 ed organizzata dalla *Society of European Contract Law* (Secola). In argomento anche A.

atti nei quali si estrinseca l'esercizio del diritto. Rapportando le espressioni concrete di quest'ultimo ai canoni della buona fede e della correttezza è possibile, pertanto, effettuare quel vaglio che consente di far emergere aspetti concreti altrimenti assolutamente irrilevanti in una concezione formalistica dei rapporti patrimoniali e, più latamente, intersoggettivi; vaglio la cui necessità risponde ad un'esigenza consacrata dalla nostra Carta Costituzionale la quale attribuisce al diritto soggettivo una dimensione solidaristica e relazionale che ne condiziona la giustificabilità in termini di meritevolezza della tutela⁸, meritevolezza cer-

RIZZO, *Commento all'art. 1469 bis, comma 1*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* (Padova 2001) 35 ss.; ed in maniera particolarmente efficace, G. DE NOVA, *Le top ten del titolo sui contratti in generale*, in *I contratti* (2004) 977 ss.; nonché H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2003) 659 ss.; e con riferimento al delicato settore dei servizi di pubblica utilità, G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Jus* (2003) 9 ss.

⁸ Sull'equilibrio negoziale e la funzione "integrativa" della buona fede, in considerazione del ruolo giocato dalla regola costituzionale della solidarietà (art. 2 Cost.), v., più di recente, A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ. I* (2004) 5 ss.; M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (2004) 727 ss.; nonché, E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ. I* (2001) 596 ss.; ed in maniera particolarmente significativa, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.* (1997) 9 ss., per il quale "il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali", tant'è che, precisa l'a., "il riferimento ai principi costituzionali come parametri interpretativi di tali clausole ha più un valore retorico persuasivo che una finzione argomentativa fondante". Sul significato "altruistico" della solidarietà, che si contrappone all'"egoismo dell'azione", v. E. RESTA, *Il diritto fraterno* (Roma-Bari 2002) in chiave fortemente critica. In argomento, ancora, e nella prospettiva di un ridimensionamento, della portata del valore solidaristico, v. A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (2001) 263 ss.; nonché, G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.* (2000) 42 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.* (2002) 926 ss.; e, più di recente, ID., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.* (2005) 753 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. VETTORI (Padova 2005) 39 ss., il quale pone in evidenza l'esistenza di una "tradizione costituzionale che non conside-

tamente non più rinvenibile lì dove, come accade appunto per l'atto in cui si manifesta l'abuso, l'esercizio del diritto, pur rimanendo nell'ambito dei limiti oggettivi del medesimo, avviene in realtà in contrasto con lo spirito dell'istituto; lì dove, cioè, si realizza, in altri termini, quello che viene tecnicamente indicato come uno sviamento nell'esercizio del diritto⁹.

ra indispensabile annoverare l'autonomia privata tra i diritti fondamentali di cui provvedere tutela", osservando come tale tradizione "sconta un'idea di autonomia privata della parte in grado di imporre le proprie ragioni all'altra. Ma ... una previsione costituzionale di garanzia dell'autonomia privata non avrebbe dovuto far temere un'enfaticizzazione possibile di un potete del privato sul privato; essa infatti avrebbe significato la tutela dell'autonomia di ambedue le parti e, attraverso tale tutela, automaticamente l'impossibilità che l'autonomia diventasse prevaricazione". Di conseguenza, l'autonomia privata "da garanzia costituzionale ... in questa prospettiva bilaterale diventa lo snodo ordinamentale d'elezione in grado di evitare che l'identica libertà formale si traduca nel sostanziale soggiacere del più debole al più forte". In senso contrario, cioè, dell'autonomia privata come garanzia costituzionale, si ricordi G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.* II (1990) 582 ss. Naturalmente, in tale delicato argomento spunti sicuramente utili provengono dalla materia della tutela del consumatore; si consideri, solo a titolo meramente esemplificativo, l'elaborazione della figura dell'abuso di dipendenza economica. In proposito, tra gli altri, di recente cfr. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2005) 574 ss.

⁹ Comunemente, nell'ambito dell'abuso del diritto si evidenzia uno "sviamento di potere"; di qui, la naturale comparazione con il celebre vizio di eccesso di potere ed il rimedio dell'autotutela nell'ambito del diritto amministrativo. In argomento, anche M. MESSINA, *L'abuso del diritto* (Napoli 2003); e, più di recente, M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto* (Padova 2006); A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio* (Milano 2006). Sull'abuso del diritto, come sviamento di interesse, oltre gli autori citati, si ricordino in particolare: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* cit. 26 ss.; A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principii generali del diritto, Atti del convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei* (Roma 1992) 16, per il quale "gli interessi giuridici sono dotati di una sostanziale ricorrenza e costanza. Attraverso la continua reiterazione delle situazioni che li rendono attuali, gli interessi comuni acquistano una unità di significato che si consolida nel tempo. È evidente che questa continuità attiene agli aspetti essenziali degli interessi, gli unici dei quali ci si possa attendere la costanza, mentre altri fattori restano contingenti e irripetibili. È con riferimento ai tratti essenziali degli interessi, come si vanno fissando nell'esperienza giuridica della società mediante la costituzione del *nomen juris*, che la prassi fissa a sua volta le regole di condot-

Questo tipo di valutazione non risponde ad un'esigenza puramente etica di individuare dei limiti interni al diritto, essendo invece evidente che i diritti non sono poteri assoluti proprio perché la regola giuridica non si realizza in astratto, ma va ad incidere su interessi che si intrecciano tra di loro; conseguentemente, ciascun diritto non può essere dotato di una potenza espansiva infinita, ma deve necessariamente essere esercitato, pena la conseguente responsabilità, nei limiti della funzione per la quale viene conferito.

La buona fede assurge, dunque, a parametro fondamentale per verificare se il diritto viene effettivamente esercitato nei modi, nei tempi e nelle forme richieste dalla sua funzione. Contrario a buona fede, e pertanto abusivo, sarà così non il comportamento che viola specifici limiti esterni al diritto ma quello che non rispetta, in concreto, la funzione preposta alla situazione soggettiva di cui il potere esercitato è espressione. In altri termini, l'utilizzazione del metro della buona fede consente di garantire la congruità della condotta delle parti alla funzione oggettiva del rapporto anche oltre il mero adempimento degli obblighi formali¹⁰.

ta selezionate come le più convenienti al soddisfacimento degli interessi. Il *nomen juris* ci appare come l'essere che, diventando valore, si spiritualizza nel dover-essere e, insieme, come dover-essere che realizzando il valore si incarna nell'essere. In quanto per la fissazione del *nomen juris*, sia dal profilo dell'interesse sia dal profilo della regola di soddisfacimento, si prescinde dai fattori contingenti, si deve adottare inevitabilmente un procedimento astrattivo", per il quale "tanto la *species facti* quanto la *norma agendi* vengono rappresentate mediante la evidenziazione delle costanti e l'astrazione delle varianti". Nella prospettiva della concezione dello sviamento di potere: R. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.* I (1950) 89 ss.; nella dottrina italiana, il SANTI ROMANO, *Abuso del diritto*, in *ED. I* (Milano 1958) 166 ss.; ID., *Buona fede (dir. priv.)*, in *ED. V* (Milano 1959) 677 ss.; e, più di recente, M. ATIENZA - J. RUIZ MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere* (tr. it. Bologna 2004). Sull'"eccesso di diritto", si ricordi anche l'antico, noto brocardo "*rubrica legis non est lex*", ed il noto passo di Giavoleno, "*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*" (D. 50.17.202); per un approfondimento, si rinvia a A. CACCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani* (Napoli 1964) 1 ss. Sulla problematica delle definizioni legislative, v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile* (Milano 1977).

¹⁰ Sul ricorso all'abuso del diritto in funzione di contenimento e controllo dei poteri dei privati, tra gli altri, più di recente ed in maniera particolarmente significati-

3. *Bona fides e dolo nell'esperienza giuridica romana.* – Si tratta di una necessità affermata già in età risalente nella storia del diritto¹¹. In particolare, benché una teoria dell'abuso del diritto sia stata coerentemente impostata ed elaborata soltanto nel diritto intermedio¹² già nel diritto romano, come è noto, è possibile rinvenirne i primi spunti in correlazione con l'approfondimento della portata e delle conseguenze dell'applicazione del criterio della *bona fides*¹³.

Né poteva essere diversamente ove si ponga mente all'estrema ricchezza e duttilità degli strumenti processuali di quell'ordinamento, soprattutto per quel che riguarda il *ius honorarium*, attraverso i quali la giurisprudenza romana ha potuto svolgere a pieno quel suo ruolo di interprete e al contempo di creatrice del *ius civile*, consentendo, come è stato efficacemente detto dal Grosso, l'adeguamento dell'ordinamento “*al moltiplicarsi delle esigenze storiche sul terreno concreto di queste*”¹⁴.

È proprio nell'ambito dei *iudicia bonae fidei*¹⁵, infatti, che viene originariamente in considerazione l'eventuale comportamento doloso

va, P.G. MONATERI, *Abuso del diritto e asimmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics)*, in *Dir. priv.* (Padova 1997) 11 ss., il quale osserva come, ad esempio, nell'ambito del diritto del lavoro la teoria dell'abuso è servita a contenere ora il potere del datore di lavoro di licenziamento, ora il diritto di sciopero, pur non essendo dato predeterminare la direzione dell'uso di tale teoria/argine da parte di giudici, “in quanto sistema indefinito” e non necessariamente legata (la teoria dell'abuso) “ad una soluzione socializzante di politica del diritto”.

¹¹ La teoria dell'abuso di diritto, con riferimento a quello che ne ha storicamente costituito il principale campo di esplicazione, vale a dire quello degli atti emulativi, trova numerosi spunti nell'esperienza giuridica romana: cfr. G. GROSSO, *v. Abuso del diritto (dir. rom.)*, in *ED. I* (Milano 1958) 161 ss.

¹² Cfr. SALV. ROMANO, *v. Abuso del diritto (dir. intermedio)*, in *ED. I* (Milano 1958) 163 ss.

¹³ P.D. SENN, *v. Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II (Torino 1988) 129 ss. ed ivi ampia bibliografia.

¹⁴ G. GROSSO, *v. Buona fede*, in *ED. IV* (Milano 1969) 661 ss.

¹⁵ Per una ampia ed approfondita disamina, cfr. G. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia* (Napoli 1964) *passim* e ID., *Ancora sulla fides e sui bonae fidei iudicia*, in *Labeo* (1966) 250 ss. L'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai *bonae fidei iudicia* ha rappresentato patrimonio comune della scienza romanistica dopo il noto studio di B. BIONDI, ‘*Iudicia bonae fidei*’ I. La inerenza delle ‘*exceptiones*’ nei ‘*iudicia bonae fidei*’, in *AUPA* 7 (1918) 1 ss.; di recente, tuttavia, A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi III* (Napoli 2007) 1731 ss., ha sostenuto che anche nel caso di *iudicia bonae fidei* vi fosse un esplicito inserimento dell'*exceptio doli*.

dell'attore al fine di dichiarare, adottando una soluzione in contrasto con quella che sarebbe dovuta scaturire dalla regola di stretto *ius civile*, assolto il convenuto in ragione della riscontrata causa di invalidità del negozio. Lì dove il giudice era chiamato a giudicare la portata esatta dell'obbligo del convenuto adoperando il criterio di buona fede (*quidquid dare facere ex fide bona oportet*) poteva venir dichiarata nulla l'obbligazione in conseguenza del dolo dell'attore: ciò in quanto *fides bona contraria est fraudi et dolo*, come afferma espressamente Paolo in D. 17.2.3.3 (Paul. 32 *ad ed.*) e come, in termini analoghi, sancisce una costituzione di Diocleziano e Massimiano del 293, ora in CL. 4.44.5¹⁶.

L'esigenza di analoghe valutazioni si affermò, ovviamente, anche in relazione a quei negozi dai quali non nascevano azioni di buona fede, e per i quali il pretore elaborò una vera e propria eccezione di dolo diretta a paralizzare gli effetti di un'obbligazione formalmente valida *iure civili*.

La formulazione dell'*exceptio doli* era del resto talmente ampia (*si in ea re dolo male Auli Agerii factum est neque fiat*) da consentire una valutazione non solo del comportamento posto in essere precedentemente al giudizio ma anche di quello tenuto nel momento in cui si agiva e che poteva eventualmente presentare equivalenti profili di contrarietà ai canoni della *bona fides* proprio in ragione del fatto che veniva proposta l'azione. E si tenga presente che il *dolus praesens* era dell'*actio* e dunque dell'esercizio del diritto, attesa la natura pienamente processuale del diritto soggettivo inteso come *facultas agendi*.

Si giunse così alla elaborazione dell'*exceptio doli generalis seu praesentis*: nel *dolus praesens*, riferito al momento in cui veniva intentata l'azione nel processo, fu ricompreso ogni elemento o circostanza, anche sopravvenuta, in virtù della quale l'intraprendere un'azione pro-

¹⁶ Nel primo passo, più precisamente, il giurista afferma: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*. Il testo della costituzione di Massimiano e Diocleziano è il seguente: *Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit, sciens contrarium esse dolum bonae fidei, quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur, rescindi venditionem iubebit. 1. Quod si iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis, intellegere debes consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse*.

cessuale a tutela di una propria pretesa risultasse contrario alla buona fede¹⁷.

Attraverso l'*exceptio doli generalis*, come è noto, il pretore ebbe a disposizione un mezzo processuale efficacissimo per correggere ed adeguare il *ius civile*, assicurando riconoscimento e tutela ad interessi e situazioni per esso irrilevanti o addirittura ad esso contrari¹⁸.

Nella medesima direzione fu utilizzata l'*actio doli*, vale a dire quell'azione che veniva esercitata al fine di far accertare, successivamente l'esecuzione della prestazione da parte del debitore, il dolo compiuto dal creditore, accertamento necessario al fine di ottenere la condanna di quest'ultimo al risarcimento del danno arrecato al primo.

Trattandosi di un'azione sussidiaria, e dunque ad efficacia generale, fu naturale estendere la portata dell'*actio de dolo* che, a partire dal periodo classico, servì spesso, al di fuori dell'ipotesi del dolo negoziale, a fornire un rimedio in una serie di ipotesi relative a comportamenti sostanzialmente iniqui, non rientranti però in alcuna fattispecie di illecito e dunque per la tutela dei quali mancavano altri strumenti processuali.

A titolo esemplificativo, l'*exceptio doli generalis* fu concessa contro lo stipulante che avesse agito con l'*actio ex stipulatu* dopo l'avvenimento della condizione risolutiva o la scadenza del termine finale, dando così rilievo ad elementi negoziali irrilevanti *iure civili*¹⁹.

Analogamente essa fu riconosciuta al possessore di buona fede, convenuto con una *rei vindicatio* dal legittimo titolare del bene, nel caso che non avesse ricevuto alcun rimborso delle spese sostenute per il bene medesimo, ovvero ancora, con riferimento alla *bonorum possessio cum re*, per paralizzare l'*hereditatis petitio* intentata dall'attore erede civilistico.

A sua volta, la legislazione imperiale individuò altre ipotesi nelle quali era possibile utilizzare l'*exceptio doli generalis*: ad esempio, un

¹⁷ G.I. LUZZATTO, *v. Dolo (dir. rom.)*, in *ED. XIII* (Milano 1974) 716 ss.

¹⁸ Cfr., per tutti, A. BURDESE, *v. Exceptio doli (dir. rom.)*, in *NNDI. VI* (1960) 1072 ss.

¹⁹ Più in generale, sulla natura di giudizio di buona fede che viene ad acquisire l'*actio ex stipulatu*, cfr. E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica* (Napoli 2004) 62 ss.

rescritto di Marco Aurelio (ora in I. 4.6.30) consentì al convenuto di opporre in compensazione i propri controcrediti, tramite appunto un'*exceptio doli*:

“In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum condemnari debeat. Sed et in strictiis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis ex actione defraudetur”.

Attraverso tal genere di rimedi il controllo giurisdizionale veniva a incentrarsi sulle modalità con le quali un diritto era esercitato, dovendosi valutare se fosse riscontrabile un *dolus malus*, rispettivamente, nella pretesa fatta valere, ed eventualmente per lo stesso fatto che si fosse agito in giudizio, ovvero con riguardo al comportamento tenuto dal titolare di un diritto già esercitato.

Exceptio doli e *actio doli* sono, dunque, aspetti concorrenti di un'articolata strategia giudiziale (di *iurisdictio*) tendente alla reintegrazione, al ripristino, anche per risarcimento, alla restituzione insomma della situazione giuridica lesa da comportamenti difforni dalla buona fede. Né sfugge la notevole elasticità del criterio di giudizio attraverso il quale si perveniva alla valutazione dell'abuso, e, dunque, dell'illiceità del comportamento.

L'esigenza che il diritto, nel suo momento attuativo, dovesse rimanere nei confini della sfera finalistica che gli era propria sembra del resto pienamente concettualizzata in D. 50.17.55 (Gai. 2 *de test. ad ed. urb.*) dove Gaio afferma che *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*. E proprio la valutazione improntata a buona fede (letteralmente, l'assenza di dolo) che consente di valutare se il comportamento tenuto rientri effettivamente nell'ambito del *ius* di cui si è titolari.

Anche la normazione imperiale, come accennato, interviene espressamente ad affermare la necessità di un'utilizzazione corretta del proprio diritto: si pensi, ancora, a titolo esemplificativo, a quanto ci dice Gaio nelle sue Istituzioni (1.53), lì dove, trattando della *dominica potestas* sui servi, fa un confronto tra i poteri che per il passato competevano al *dominus* e quelli che attualmente gli vengono riconosciuti, e ricorda a tale proposito un rescritto di Antonino Pio con il quale viene sanzionata la condotta del *dominus* che, infierendo sul *servus*, lo sottopone a sevizie crudeli, costringendolo a venderlo:

“Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire; nam ex constitutione imperatoris Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coercetur; nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut is intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit: male enim nostro iure uti non debemus: qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio”.

Dunque, la sanzione imperiale si giustifica non tanto per ragioni etiche o, più genericamente, umanitarie ma soprattutto in considerazione del fatto che non è consentito utilizzare impropriamente il proprio diritto, vale a dire per finalità ad esso non inerenti: chi abusa dello schiavo esercita abusivamente la *dominica potestas*, sviandola dalle finalità per le quali essa è riconosciuta al *dominus*²⁰.

Il medesimo rescritto è anche riportato integralmente nelle Istituzioni giustinianee (1.8.2) dove la regola enunciata precedentemente viene addirittura fondata su ragioni di interesse pubblico, affermandosi che *expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*.

²⁰ Sull'argomento, cfr. F. LUCREZI, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" II* (Torino 2003).

Un esplicito richiamo alla buona fede quale elemento che fonda il divieto di *male uti* del proprio diritto si rinviene, altresì, in D. 50.8.3 pr.-2 (Ulp. 3 *opin.*), dove Ulpiano, trattando dell'amministrazione dei beni appartenenti alle *civitates*, afferma che:

“Conductore perficiendi operis punito fideiussor, qui pro eo intervenerat, idem opus exstruendum alii locaverat: neo a secundo redemptore opere perfecto usurarum praestationem heres fideiussoris recusare non debet, cum et prior causa in bonae fidei contractu in universum fideiussorem obligaverit et posterior locatio, quia suum periculum agnovit, solidae praestationi rei publicae eum substituerit. 1. Qui fideiusserint pro conductore vectigalis in universam conductionem, in usuras quoque iure conveniuntur, nisi proprie quid in persona eorum verbis obligationis expressum est. 2. Sed si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitrato in solvenda pensione cuiusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est”.

Il ricorso alla buona fede consente di determinare l'esatta portata del diritto vantato dalla *civitas* nei confronti del fideiussore del *conductor* di un *vectigal*: l'utilizzazione del criterio della *bona fides* permette di ritenere o meno ricompreso in esso anche l'obbligo di pagamento degli interessi in considerazione, di volta in volta, delle peculiarità del caso concreto in relazione al quale si attualizza la responsabilità del fideiussore.

E in senso analogo si veda anche CI 4.65.8²¹:

“Imperator Alexander Sabiniano Hygino. Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat ut, si qua labe tempestatis vel

²¹ Cortesemente segnalatomi dall'amico prof. A. TRISCIUOGGIO, che sottopone il brano ad accurata esegesi in *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese IV* (Padova 2003) 213 ss. Si veda anche K. VISKY, *I contratti di locazione nella crisi economica del III secolo*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo I* (Milano 1982) 680 ss., nonché, più di recente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis* (Napoli 2005) in part. 84 ss.

alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertinerent, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur, rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur". (PP. K. Aug. Pompeiano et Peligno cons.) [a. 231].

L'affittuario può richiedere, dunque, *iuxta bonam fidem*, la remissione di parte del fitto, anche nel caso in cui fosse stato posto a suo carico, per espressa previsione contrattuale ovvero in conformità all'uso della regione, il rischio dell'inclemenza del tempo. Ciò sempre che il danno riportato dall'affittuario non fosse stato compensato dalle rendite di altre annate migliori. In altri termini è la buona fede che soccorre quale criterio elastico di definizione in concreto dei confini del diritto.

4. *L'elaborazione della giurisprudenza italiana in materia di buona fede.* – Quest'ultima esigenza, come già detto, oggi trova rinnovato ed ancor più pregnante fondamento nella necessità di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà sociale indicati nella nostra Carta Costituzionale, doveri il cui assolvimento conferisce legittimità a tutti gli interventi normativi che, in vario modo, limitano l'esercizio dell'autonomia privata²².

Con particolare riferimento all'esecuzione del contratto o del rapporto obbligatorio la buona fede si atteggia attualmente come un impegno di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere un comportamento che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte²³.

²² In tal senso, da ultimo, Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.* I (1998) 3081 nonché Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Arch. civ.* (2000) 46 ss., che ammette espressamente il potere del giudice di intervenire sul contenuto contrattuale nello svolgimento di "una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere di solidarietà, riferibile anche ai rapporti contrattuali, e con la clausola generale di buona fede e correttezza. ...". In dottrina, per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano 1969) 172 ss. Cfr. altresì *supra* nt. 8.

²³ Cfr., da ultimo, A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa* 1 (1999) 21 ss.

In quest'ultimo senso, la buona fede può essere sicuramente identificata come *“l'obbligo di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio”*²⁴.

L'estrema duttilità ed elasticità del principio di buona fede – comune del resto, ed anzi peculiare, a tutte le clausole generali – ha peraltro ingenerato una serie di perplessità relativamente al rischio di arbitri giurisprudenziali insito nell'attribuzione del potere di verificare il rispetto delle finalità dei diritti; perplessità peraltro ridimensionate sia attraverso l'elaborazione relativa e la tipizzazione, per quanto possibile, di parametri applicativi di riferimento, sia per la considerazione che in un sistema giuridico come il nostro attuale, ordinato secondo una rigida legalità costituzionale, una volta posto il principio della relatività dei diritti, risulta oggettivizzata l'attività interpretativa ed attuativa²⁵.

²⁴ Secondo la notissima definizione elaborata da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto* 3 (Milano 1987) 473, e ormai adottata anche dalla giurisprudenza: cfr., di recente, Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Nuova giur. civ. comm.* 3 (2005) 342 ss., secondo cui *“la clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta, da un lato, ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio.”* nonché Cass. 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Dir. e giust.* (2004) 119, secondo cui la condizione di inevitabilità del danno da risarcire che il creditore ha concorso a cagionare per non aver usato l'ordinaria diligenza, stante la previsione dell'art. 1227, comma 2, c.c., deve essere intesa nel senso che *“non si limita a richiedere a quest'ultimo la mera inerzia di fronte all'altrui comportamento dannoso, o la semplice astensione dall'aggravare, con fatto proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma, secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., gli impone altresì una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di detto comportamento, intendendosi comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, all'uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici”*. Nella medesima prospettiva, tra le altre, Cass. 4 marzo 2003, n. 3185, in *Giust. civ. Mass.* (2003) 444 s.; Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.* (2003) 174 ss.; Cass. 5 novembre 1999, n. 12310, in *Rep. Foro it.* (1999) v. *Obbligazioni in genere* n. 25.

²⁵ *Amplius*, cfr. A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale* cit. 702 ss., nonché, più di recente, L. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU - L. NANNI, in *Le monografie di Contratto e Impre-*

Del resto, solo apparentemente la giurisprudenza ha mostrato molta prudenza nel fare ricorso al concetto di abuso del diritto. In realtà, come è stato acutamente osservato²⁶, il giudizio sulle modalità di esercizio del diritto in relazione al fine di questo è spesso stato anticipato in sede di valutazione della sussistenza dell'interesse ad agire nel processo, momento specificamente devoluto a verificare se il procedimento, benché formalmente e ritualmente instaurato a tutela di un diritto, non fosse in realtà diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela (ad es., tale interesse non è stato riconosciuto nell'ipotesi di capziose impugnative del bilancio sociale da parte dei soci)²⁷. Impresiona, a tale ultimo proposito, richiamare la *denegatio actionis* pretoria, come analogo strumento di garanzia.

La buona fede, come mezzo di controllo della libertà negoziale contro gli abusi, viene peraltro in rilievo in un'accezione oggettiva e non soggettiva, vale a dire autonomamente da ogni considerazione delle intenzioni di colui che pone in essere l'azione, in un'ottica esclusiva di bilanciamento dei contrapposti interessi²⁸. Ciò significa che l'eventuale non volontà dell'agente di ledere la sfera soggettiva dell'altro soggetto con cui si relaziona non avrà alcuna rilevanza²⁹.

sa (Padova 1998) 333 ss. Si veda, altresì P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto* cit. 205 ss. in part. 232 ss.

²⁶ S. PATTI, v. *Abuso del diritto*, in *Digesto* cit. 63.

²⁷ Cfr., a tale specifico proposito, Cass. 11 dicembre 2000, n. 15592, in *Foro it.* I (2001) 3274, che ha negato il diritto di impugnare la delibera assembleare di approvazione del bilancio al socio che, in precedenza, aveva approvato, in qualità di amministratore, il relativo progetto di bilancio. Sempre in materia societaria, l'esercizio dei poteri da parte dei soci di maggioranza al solo fine di recare danno alla minoranza è stato ritenuto abusivo da Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Riv. dir. comm.* II (1997) 1 ss.

²⁸ Tuttavia, di recente, intende buona fede oggettiva e buona fede soggettiva come due volti della stessa medaglia (*rectius* dello stesso principio), G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto* (Torino 2004) spec. 1 ss.

²⁹ Per una recente applicazione del principio di abuso del diritto, in materia di buona fede precontrattuale e recesso dalle trattative, v. Cass. 23 febbraio 2005, n. 3746, in *Danno e resp.* (2006) 52 ss. con commento di C. GUERRESCHI, *Responsabilità precontrattuale: liberi di recedere dalle trattative... ma fino ad un certo punto*. Sul medesimo tema, con ampi riferimenti comparatistici, cfr. G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese* (Napoli 1999) *passim*.

Come è stato efficacemente detto³⁰, la buona fede oggettiva opera “*come criterio che garantisce coerenza tra operazione privata e finalità generali perseguite dall’ordinamento*”.

Ciò trova, peraltro, un’espressa conferma nel dato legislativo: la recente disciplina in materia di clausole vessatorie contenuta negli artt. 1469 *bis* ss., nel definire abusive o vessatorie quelle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi delle parti, utilizza l’espressione “malgrado la buona fede” di colui che le ha predisposte, affermando così – almeno stando ad una delle tesi più accreditate³¹ – l’irrilevanza delle sue eventuali corrette intenzioni³².

La buona fede oggettiva si pone, pertanto, non soltanto come regola di comportamento che va ad integrare la disciplina negoziale posta dalle parti contribuendo così a definire l’effettivo contenuto delle rispettive obbligazioni, ma svolge una funzione di metro oggettivo di valutazione a posteriori, così come nell’*actio doli*, di un determinato atto o comportamento attraverso il quale è possibile far emergere quegli elementi ed interessi altrimenti irrilevanti in un’ottica di pura e

³⁰ S. RODOTÀ, *Conclusione: Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede* cit., 269.

³¹ Sulle diverse letture del richiamo alla buona fede nella disciplina della tutela del consumatore, cfr.: F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Giust. civ.* I (1996) 522; F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - R. GIOVAGNOLI, *La nozione di buona fede nella tutela del consumatore*, in *Giur. civ.* 2005 (2005) 347 ss.; *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, *Materiali raccolti da* G. Alpa e M. Bessone (Torino 1997) spec. 32 e 161 ss.; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* (1999) 12 ss.; F. RINALDI, *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata*, in S. PRISCO (a cura di), *Unione Europea e limiti sociali del mercato* (Torino 2002) 151 ss. Tra le due interpretazioni dell’inciso “malgrado la buona fede”, se, cioè, facente riferimento alla buona fede in senso soggettivo o in senso oggettivo, quest’ultima viene preferita dal parere del 20 dicembre 2004, n. 11602/04 della Sezione normativa del Consiglio di Stato, secondo la quale, ove si accogliesse la tesi oggettiva, l’originaria espressione in lingua francese “*en dépit de l’exigence de bonne foi*” sarebbe dovuta essere stata tradotta, più correttamente, con l’espressione “*in contrasto con la buona fede*”, anziché con l’equivoca espressione “*malgrado la buona fede*”.

³² Per tutti, cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di interazione del contratto*, in *Contr. e impr.* 1 (1999) 88 s.

semplice verifica della corrispondenza formale ad un'astratta previsione normativa, consentendo in tal modo un contemperamento degli interessi contrapposti alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento contenuti nella Costituzione³³.

Dunque, i precetti riconducibili nell'alveo della buona fede non costituiscono una mera integrazione di altre norme, ma sono esse stesse vere norme di diritto non scritto di contenuto precettivo immediato, benché non definibile a priori, le quali forniscono altresì al giudice dei modelli di giudizio, e sulle quali è possibile fondare l'attuale validità di un'*exceptio doli generalis*³⁴.

Recentemente si è assistito ad un più incisivo e frequente ricorso da parte della giurisprudenza alla clausola generale di buona fede al fine di vagliare ipotesi di esercizio abusivo del diritto. La buona fede, in particolare, è stata invocata per la risoluzione di controversie in materie di particolare urgenza sociale: si pensi, ad esempio, a quanto affermato in Cass. 21 maggio 1997, n. 4538³⁵ dove, in materia di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che, ove pure il recesso sia esercitato nel rispetto del termine di preavviso pattuito o previsto dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni fissato dall'art. 1855 c.c., ciò non toglie che esso possa essere considerato illegittimo ove in concreto assuma connotazioni del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da porlo in contrasto con il fondamentale principio di buona fede che presiede all'esecuzione dei contratti. Ed ancora, più di recente, la Corte di Cassazione, con sentenza 14 luglio 2000, n. 9321³⁶, è giunta ad affermare addirittura che nel caso di recesso di una banca da un

³³ In tal senso, per tutti, cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu e F. Mes-sineo (Milano 1974) 12 ss., 18 ss., e ID., *Clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di Cassazione*, in *Legge, giudici, giuristi, Atti del Convegno di Cagliari 18/21-5-1981* (Milano 1982) 249 ss.

³⁴ In tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione* cit. 39 s. Sul punto, cfr. anche l'efficace sintesi di L. BIGLIAZZI GERI, *v. Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ. II (Torino 1988) 172 s.

³⁵ Pubblicata in *Foro it. I* (1997) 2479 nonché in *Banca, borsa, tit. cred. II* (1997) 648. Per un ampio e lucido commento, cfr. F. GALGANO, *L'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.* (1998) 18 ss.

³⁶ Pubblicata in *Foro it. I* (2000) 349 s.

rapporto di credito a tempo determinato, pur al ricorrere di una giusta causa tipizzata dalle parti nel contratto, dovrà comunque essere accertato che *“il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate”*³⁷.

Dunque, la buona fede, proprio perché funzionale all'attuazione di valori costituzionalmente protetti, può giungere ad imporre alle parti un comportamento finanche difforme da quello stabilito nel contratto, assurgendo così a limite generale dell'autonomia contrattuale. E solo apparentemente ciò può in qualche modo incrinare il dogma della certezza del diritto, se è vero che – come ha osservato Bianca³⁸ – esso è un obiettivo ed un valore solo quando *“non sia funzionale ad una certezza formalistica e farisaica che diventa strumento di abuso ... dovendo invece perseguirsi la certezza dei rapporti giuridici giusti”*.

Anche la già ricordata disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1469 *bis* ss. c.c., in base alla quale viene sancita l'inefficacia delle clausole che, violando il principio di buona fede, determinano a svantaggio del consumatore un significativo squilibrio delle posizioni

³⁷ Una recente, significativa pronunzia in materia di buona fede, è rappresentata da Cass. 5 settembre 2006, n. 19074, in *Riv. dir. civ.* 4 (2007) 509 ss., con commento di M. DELLA CASA, *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto da parte del creditore; vantaggi e inconvenienti di una risoluzione “atipica”*. Secondo la Corte, “in un contratto a prestazioni corrispettive, ciascuna delle parti può rifiutare di ricevere la prestazione tardiva e di eseguire la controprestazione solo se il ritardo maturato al momento dell'offerta è grave”; prosegue la pronuncia, “se, invece, il ritardo è lieve, la prestazione non può essere rifiutata: il contraente che subisce il rifiuto può ottenere la risoluzione del contratto e la condanna della controparte al risarcimento del danno”. Si tratta, come è noto, di una controversa questione già oggetto, oltre dieci anni fa, di due interventi delle Sezioni Unite, di contenuto parzialmente diverso da quella qui annotata: Cass., sez. un., 6 giugno 1997, n. 5086, pubblicata, tra le altre, in *Corr. giur.* (1997) 768 ss., con commento di V. CARBONE, *Il creditore può rifiutare il tardivo adempimento?*; e Cass. 9 luglio 1997, n. 6224, tra le altre, in *Giust. civ.* 1 (1998) 825 ss., con commento di N. PICARDI, *Rifiuto dell'adempimento tardivo e risoluzione del contratto*.

³⁸ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* I (1983) 215.

contrattuali delle parti, riconferma il ruolo del criterio di buona fede quale strumento idoneo a consentire un vaglio ulteriore rispetto a quello di mera legittimità e finalizzato all'attuazione dell'equità contrattuale³⁹.

³⁹ Cfr., *amplius*, S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.* (1998) 48 ss. e L. MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. giur. Enel* (1997) 301 s.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.* 11 (1996) 46 ss.; F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 11 (1999) 479 ss. Sulla portata della regola della buona fede nell'ambito della tutela del consumatore e con specifico riferimento alla disciplina dei contratti dei consumatori, si ricordi, V. RIZZO, *Sub art. 1469 bis, comma 1, cod. civ.*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore* (Padova 1996) 35 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3. Il contratto* (Milano 2007) 379 ss., il quale "non esclude comunque l'operatività della buona fede quale precetto che regola l'esercizio di poteri discrezionali e che qui si specifica come precetto di non abusare del potere di regolamentazione del contratto per imporre clausole vessatorie a carico della controparte". In materia, cfr., altresì, G. CHINÈ, *v. Consumatore (contrast del)*, in *ED.*, agg., IV (Milano 2000) 407 ss.; V. ROPPO, *v. Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *EG.*, agg. 5 (1996); e, più di recente, A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti* (2006) 159 ss. Fondamentali sul tema le riflessioni di P. BARCELLONA, *v. Libertà contrattuale*, in *ED.* XXIV (Milano 1974) 487 ss., in relazione al difficile rapporto tra libertà contrattuale e principio di eguaglianza, evidentemente molto significative con riferimento alla tutela del consumatore ed alla sua libertà contrattuale; nonché L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno III. Diritto privato, 2. Obbligazioni e contratti* (Milano 1998) 541 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi* (Milano 1996). Ancora, e più di recente, F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.* 1 (2007) 681 ss., il quale osserva, in maniera particolarmente significativa, che "la teoria dell'abuso del diritto denuncia i difetti della legislazione e discute il primato del legislatore sul giudice in particolare e sulla comunità degli interpreti giuridici più in generale. A prescindere dalle fortune della teoria, nei tempi correnti questa critica al primato della legge si radicalizza a seguito della evoluzione subita dagli ordinamenti dietro la dinamica della complessificazione sociale che da oltre un secolo si manifesta un po' dovunque nel mondo, e soprattutto in Occidente". In argomento, in una prospettiva di teoria generale, circa la «costituzionalizzazione dell'ordinamento», pure definiti "neo-costituzionalismo" o "costituzionalismo post-liberale", con specifico riferimento al controverso rapporto tra "morale" e "diritto", v., più di recente, M. BARBERIS, *Etica per giuristi* (Roma-Bari 2006) 100 ss. In proposito, si ricordi che "una fedeltà all'idea di *rule of law* come *law of rules*, come diritto delle "regole", che si affida ad esso come valore ultimo, ossia sempre gerarchicamente prioritario, è inaccettabile sul piano costituzionale": così, G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra*

L'affermazione dell'inefficacia delle clausole abusive conferisce altresì fondamento normativo esplicito a quell'orientamento giurisprudenziale che, avvertendo l'esigenza di rimedi ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente esperibili in caso di violazione delle regole di buona fede – riconducibili essenzialmente nel novero di quelli utilizzabili in caso di inadempimento – a partire dagli anni '70 aveva individuato nel diniego di effetti la risposta maggiormente idonea a contrastare comportamenti valutati come scorretti o sleali. La prassi della *denegatio actionis* pretoria⁴⁰ sembra così essere autorevolmente riscontrata. Si tratta peraltro dell'esito di un lungo percorso iniziato con una posizione della giurisprudenza più restrittiva la quale, sovrapponendo la nozione di buona fede con il principio del *neminem laedere*, giungeva a sostenere che la prima rappresentasse soltanto un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti: di conseguenza, la sua violazione poteva costituire fonte di responsabilità solo in caso di specifica lesione di un diritto altrui già riconosciuto da una norma giuridica (ad esempio, nel caso di concorrenza sleale *ex* art. 2598, n. 3, c.c.).

giustizia e democrazia (Bari 2006). In proposito, particolarmente efficaci le riflessioni di N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona* (Roma 2004) spec. 151 ss.; senza potersi neppure omettere, naturalmente, il riferimento a J. HABERMAS, *Recht und Moral (Tanners Lectures 1986)*, edito in appendice a *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. (trad. it. 1992), in J. HABERMAS, *Morale, Diritto, Politica* (Torino 2001) spec. 19 ss. In materia, cfr., anche F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.* I (2005) 689 ss. In giurisprudenza, qualificava come "nullità" la "inefficacia" delle condizioni generali di contratto, già Cass. 15 febbraio 1992, n. 1873, in *Giust. civ. Mass.* (1992); e, più di recente, Cass., sez. un., 20 dicembre 2004, n. 11602, in *Foro it.* I (2005) 335 ss. Pare il caso di ricordare il già citato parere della Sezione normativa del Consiglio di Stato del 20 dicembre 2004, n. 11602/2004, che, con massima determinazione e chiarezza, qualifica detta "inefficacia" come ipotesi di "nullità di protezione", impostazione, seguita anche dai più recenti pronunziati della giurisprudenza di merito, tra i quali, di recente, Trib. Brindisi, sez. fall., 21 giugno 2005, inedita, ma pubbl. in F. CARINGELLA - R. GAROFOLI - R. GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile 2005 cit.*, "Nullità relativa" recepita nel *Codice del Consumo*, di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2005, Suppl. ord., n. 162, cfr. art. 36.

⁴⁰ *Amplius*, A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale cit.* 722 ss.

Progressivamente, anche sulla scorta della dottrina maggioritaria, i giudici sono giunti ad affermare che la buona fede costituisce un autonomo obbligo giuridico la cui violazione comporta di per sé conseguenze giuridiche e non soltanto in quanto lesiva di un diritto già riconosciuto: è ormai divenuta tralatizia nelle pronunce della Corte di Cassazione l'affermazione secondo cui "*l'autonoma rilevanza del principio di buona fede comporta la responsabilità di colui che agisce non tenendo un comportamento improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il contenuto della buona fede*"⁴¹: affermazione che appare quasi essere la traduzione di Gaio, laddove l'antico giurista dichiara "*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*".

In altri termini, la buona fede si atteggia quale dovere di cooperazione per la realizzazione dell'interesse della controparte ed in tale accezione si pone come elemento integrativo ovvero correttivo del contenuto e degli effetti del contratto; la violazione della buona fede, dunque, rappresenta un comportamento illegittimo atto a produrre conseguenze giuridiche ed in primo luogo l'obbligo di risarcimento del danno, pur senza escludere, se del caso, altri rimedi quali la risoluzione del contratto, la condanna all'adempimento, la reintegrazione in forma specifica. Una funzione restitutoria che la dottrina e la giurisprudenza hanno pienamente recepito: e qui immediato mi sembra il rinvio alla *restitutio in integrum* ed all'*actio de dolo*.

I rimedi esperibili in caso di violazione della buona fede coincidono in larga parte con quelli accordati dalla legge in caso di inadempimento⁴² e ciò non solo quando una parte ponga in essere una condotta contraria alla correttezza ma anche quando essa tenga un comportamento positivo contrario a buona fede, ovvero compia atti di esercizio di diritti o di poteri non conformi a quest'ultima.

Dunque, una vera e propria responsabilità contrattuale per la quale, tuttavia, come si è già accennato, non è necessario la sussistenza dell'elemento soggettivo di recare intenzionalmente danno alla controparte⁴³, rilevando soltanto il fatto oggettivo che il comportamento tenuto non sia stato improntato alla correttezza ed al senso di solida-

⁴¹ *Amplius, o.l.u.c.*

⁴² Per tutte, Cass. 20 ottobre 1980, n. 4942, in *Foro it.* I (1980) 2669.

⁴³ Cass. 8 febbraio 1986, n. 960, in *Mass. giust. civ.* (1986).

rietà sociale. E sul punto è recuperata la prospettiva romanistica della valutabilità *ex dolo* di comportamenti pienamente conformi a diritto.

La Corte di Cassazione⁴⁴ ha poi, da ultimo, riconosciuto in via generale il potere del giudice di intervenire sul contratto nell'esercizio di un generale potere di controllo, che può spingersi sino al punto di consentire al giudicante di modificare *ex officio* la clausola contrattuale che contrasti con il principio di buona fede. Come è stato osservato⁴⁵, la clausola di buona fede è divenuta così lo strumento per lo svolgimento di una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà, ovvero "*strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto*", dunque di un vaglio di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata; in tale logica la dichiarazione di inefficacia delle clausole contrattuali e, più in generale, dei comportamenti valutati come scorretti e sleali, dà luogo a quella che è stata definita "*una sorta di esecuzione in forma specifica del dovere di buona fede*"⁴⁶.

Si recupera così il valore della *iurisdictio* come funzione, partecipe della sovranità, di inveroamento di principi e norme a carattere generale di diritto non scritto.

5. *La buona fede quale strumento di controllo dell'azione amministrativa nell'ambito di una prospettiva unitaria di tutela.* – Nella sua accezione più ampia e pregnante il vaglio di buona fede rileva anche nei confronti della P.A. e ciò, ovviamente, non solo nel caso, pacifico, che la pubblica amministrazione agisca *iure privatorum*, ma anche nell'ipotesi in cui essa eserciti i poteri pubblicistici di sua pertinenza. In tale ambito, la buona fede diventa strumento idoneo a sindacare le modalità dell'esercizio del potere e a definire le responsabilità che ne conseguono, anche in rapporto al risultato dell'azione amministrativa⁴⁷.

⁴⁴ Per tutte, Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Arch. civ.* (2000) 46 ss.

⁴⁵ A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede* cit. 21 ss.

⁴⁶ F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.* (1997) 423; P. RESCIGNO, *Prefazione*, in S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato* (Napoli 1978) XXI ss., il quale pone l'attenzione sulla "*funzione equitativa della buona fede, componendo i conflitti di interessi, secondo canoni di giustizia che prescindono dallo statico rigore della norma scritta*".

⁴⁷ In tal senso, per tutti, con efficace sintesi L. BIGLIAZZI GERI, *v. Buona fede* cit. 176 s. e gli autori ivi richiamati. Per la rilevanza della buona fede nei confronti della

Tale affermazione trova immediato sostegno già ove ci si limiti a ricordare che anche nell'ambito civilistico la giurisprudenza ha avuto frequentemente modo di utilizzare il criterio di buona fede in relazione all'esercizio di un potere, posizione giuridica soggettiva che si caratterizza, al pari della funzione pubblica, per la sua discrezionalità⁴⁸.

Si tratta di un'utilizzazione che si riscontra principalmente nella giurisprudenza del lavoro relativamente alle scelte effettuate dal datore di lavoro per le promozioni, per l'individuazione dei lavoratori da licenziare o da porre in Cassa integrazione e, in genere, relativamente a tutte le valutazioni di sua pertinenza atte ad incidere sul rapporto di lavoro. Nelle motivazioni delle relative sentenze appare significativo il riferimento alla congruità che deve necessariamente sussistere tra i comportamenti tenuti e le finalità in vista delle quali il relativo potere di cui essi sono espressione viene conferito e riconosciuto dall'ordinamento⁴⁹.

Ma al medesimo riguardo possono essere ricordate anche le pronunce giudiziarie relative all'esercizio di diritti potestativi: per tutte, valga il principio affermato in materia di escussione delle garanzie a prima richiesta, per il quale l'escussione nei confronti del garante è illegittima, in quanto contraria a buona fede, se fatta in modo del tutto arbitrario, vale a dire in mancanza di ogni attendibile ragione che induca a non richiedere l'adempimento al debitore principale⁵⁰.

P.A., cfr. già Cass. 4 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. it.* I.1 (1980) 426 ss.; più di recente, Cass. 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.* 1 (2003) p. 557 ss., ha affermato che *"in tema di appalti pubblici, il dovere di cooperazione dell'Amministrazione non ha carattere autonomo, ma va inteso quale mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera che costituisce lo scopo perseguito dalle parti, seppur da posizioni contrapposte. Ne consegue che il dovere di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto impone all'Amministrazione committente di osservare tutti quei comportamenti che, indipendentemente dagli specifici obblighi contrattuali e dal dovere generale del neminem laedere, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore, senza rappresentare per l'Amministrazione stessa un apprezzabile sacrificio"*. Per l'affermazione dell'applicazione dei doveri di correttezza e buona fede in materia di responsabilità precontrattuale della P.A., cfr. Cons. Stato 24 marzo 1987, n. 207, in *Foro amm.* (1987) 506 ss.; con specifico riferimento alla c.d. responsabilità da *contatto procedimentale* della P.A., cfr. Cons. Stato 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno e resp.* (2002) 183 ss. con nota di P. CARBONE.

⁴⁸ Rilevantissima, in tal senso, Cass., sez. un., 4 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. it.* I.1 (1980) 426. Cfr., altresì, letteratura riportata in nt. 9.

⁴⁹ Cfr., *amplius*, A. D'ANGELO, *La tipizzazione* cit. 724 s.

⁵⁰ Cfr., *amplius*, o.u.c. 725 s.

Dall'esame della giurisprudenza emerge, dunque, come parametro della buona fede la garanzia di un equilibrio tra gli interessi del titolare del diritto e quelli della controparte che sia congruente con le finalità in vista delle quali il diritto è stato conferito e che pertanto sia meritevole di tutela.

La valutazione della conformità dei comportamenti tenuti dalle parti nell'esecuzione del contratto si risolve in un giudizio di congruità della condotta rispetto alla realizzazione degli scopi inerenti il programma contrattuale e delle finalità per le quali i poteri ed i diritti sono attribuiti.

Rivolgendo, ora, l'attenzione all'esercizio del potere attribuito alla P.A., e ricordando la nozione comunemente accettata del vizio di sviamento, nell'accezione sinonimica a quella di eccesso di potere, come vizio attinente all'aspetto decisionale, indicatore del cattivo uso della discrezionalità nell'emanazione dell'atto amministrativo e consistente in una deviazione dell'atto dal fine tipico suo proprio, ovvero dal risultato più conforme all'economicità, razionalità, speditezza, imparzialità dell'azione della P.A., appare evidente l'identità strutturale tra la valutazione del comportamento del privato cittadino al fine di riscontrarne, sulla scorta del metro della buona fede, l'effettiva congruità con le finalità del diritto di cui quel comportamento è estrinsecazione, da un lato, e dall'altro del comportamento tenuto dalla P.A. relativamente al quale viene vagliata l'effettiva rispondenza dell'atto posto in essere a quello scopo preciso connesso ad un'esigenza di pubblico interesse che la norma attributiva del relativo potere intenda venga appagata.

Si tratta, del resto, di un'osservazione non nuova, tanto che per il passato si è assistito anche a qualche rivendicazione di priorità tra la dottrina privatistica dell'abuso e quella pubblicistica, italiana e francese, in ordine alla teorica dello sviamento di potere⁵¹.

Come autorevoli studiosi⁵² hanno affermato, la struttura dell'abuso è la stessa a prescindere dalla natura, privata o pubblica, del soggetto che lo pone in essere; né oggi sembra potersi più giustificare, come per il

⁵¹ Sul punto cfr. l'efficace sintesi di A. GAMBARO, *v. Abuso del diritto* II cit. 6.

⁵² C.M. BIANCA, *Le autorità private* (Napoli 1977) 83 ss. Cfr., altresì, letteratura citata in nt. 9.

passato, una trattazione differenziata in relazione ad una diversità dei relativi rimedi che non c'è più, una volta riconosciuta la possibilità di risarcimento anche nell'ipotesi di lesione dei cd. interessi legittimi⁵³.

Né ad altra conclusione si giungerebbe ove si sposti l'attenzione dall'atto all'attività sottesa all'adozione dell'atto medesimo, intendendo per essa la funzione nel suo concreto esercizio, e ravvisando nello sviamento un vizio della funzione: anche in tal caso, infatti, la valutazione riguarderebbe l'effettiva conformità dell'agire della P.A. al modello normativo considerato nel suo momento finalistico, produttivo di utilità.

In quest'ottica, le figure sintomatiche dell'eccesso di potere rivelano una presunta non corrispondenza dell'atto al suo fine tipico. Il riscontro della sussistenza del vizio di sviamento sta appunto ad indicare che la P.A. non ha correttamente usato il potere di conformazione dell'atto di cui disponeva, non avendo individuato o, comunque, attuato in concreto la soluzione più congrua al soddisfacimento del pubblico interesse per il quale le era stato attribuito quel potere.

Attraverso la valutazione della completezza e coerenza logica delle scelte e delle decisioni compiute dall'organo amministrativo, oltre che dell'osservanza dei principi di giustizia ed eguaglianza, vale a dire attraverso la verifica dell'eventuale sussistenza del vizio di sviamento, si ottiene il risultato di vincolare l'amministrazione al rispetto non formalistico del principio di legalità, e dunque di evitare che essa incorra in forme di abuso del potere di cui è titolare.

Il perseguimento del fine pubblico, infatti, non esonera la P.A. dall'assoggettamento alle regole che costituiscono la struttura fondamentale dell'ordinamento e dunque a quelle regole che, come la buona fede, alle prime direttamente si ispirano ai fini della loro determinazione contenutistica⁵⁴.

⁵³ Il riferimento è, ovviamente, a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.* I (1999) 2487.

⁵⁴ Per un esauriente *excursus* sulla vigenza del precetto della buona fede all'interno del diritto amministrativo, cfr. L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato* (Napoli 2005) in part. 49 ss. Dopo posizioni di radicale esclusione dell'applicabilità della buona fede: per tutti, E. GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin 1935), in *Archivio giuridico di diritto pubblico* (1936) 556 ss., una prima apertura si rinviene in M.S. GIANNINI, *L'interpretazio-*

Il che appare ancor più evidente se si considera l'effettiva portata dell'art. 97 Cost., intendendosi il principio del buon andamento dell'amministrazione in esso contenuto non semplicemente come espressione di un'esigenza efficientistica dell'esercizio delle funzioni pubbliche ma come espressione di una necessità di valutazione del modo in cui vengano realizzate e soddisfatte le esigenze collettive⁵⁵.

La buona fede, pertanto, intesa quale criterio normativo di congruità al quale devono necessariamente essere improntati tanto l'esercizio del diritto e del potere del singolo, quanto quello del potere del soggetto pubblico, viene a costituire un vero e proprio obbligo comportamentale in entrambi i casi, obbligo la cui violazione produce eguali conseguenze giuridiche⁵⁶.

ne dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione (Milano 1939) che ne ammette una funzione integrativa. Il tema è ripreso dal medesimo Autore in *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo* (Milano 1963) 285 ss., e in *Dir. amm.* II (Milano 1988) 473; sul nesso tra funzione e buona fede, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.* I (1950) 1 ss. Le obiezioni manifestate all'applicazione del principio di buona fede furono superate da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa* (Padova 1965) in part. 274 ss. Successivamente, il tema è stato ripreso da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino* (Milano 1970); ID., *Il principio di buona fede* (Milano 1987) in part. 75 ss.; ID., *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro II* (Milano 1991) 218 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso dell'alternanza*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva II* cit. 451 ss.; tali scritti sono tutti ora raccolti in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"* (Milano 2001). Più di recente, si sono occupati, in diversa prospettiva, del tema, tra gli altri: F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche* (Napoli 1995); M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento* (Torino 1999); G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2 (2000) 375 ss.; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.* 4 (2002) 527 ss.; E. CASERTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il diritto dell'economia* 1 (2001) 317 ss. (anche in *Il ruolo della buona fede oggettiva I* cit. 371 ss.); G. CUGURRA, *La rilevanza della buona fede in tema di accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva I* cit. 401 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva III* cit. 471 ss.

⁵⁵ In senso analogo, L. BIGLIAZZI GERI, *v. Buona fede* cit. 177.

⁵⁶ Come è noto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è dimostrata molto più restia ad applicare i parametri della buona fede e della correttezza all'attività dell'amministrazione. Basti ricordare Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389,

Ed infatti, alla luce della sentenza delle SS.UU. della Cassazione n. 500/1999⁵⁷, può senz'altro affermarsi che lo sviamento del potere sottostante all'esercizio di una funzione pubblica comporta sicuramente la violazione di un obbligo imposto alla P.A. nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali, violazione che in quanto tale integra gli estremi dell'ingiustizia del danno nei confronti del soggetto che ne è leso, comportando conseguentemente la necessità di riparazione ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ovviamente, sul punto il discorso andrebbe articolato in relazione alla diversa configurazione degli interessi cd. pretensivi e di quelli cd. oppositivi⁵⁸.

Orbene, l'imputazione all'art. 2043 della fonte della responsabilità è, a mio avviso, dimostrazione di un itinerario non ancora del tutto compiuto: infatti, l'intervenuta previsione, *ex lege* n. 241/1990, del diritto al procedimento consentirebbe, a mio avviso, di configurare cor-

in *Dir. proc. amm.* 4 (2003) 1240 ss., con nota di B. LURANO, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede* 1247 ss., anche in *Urbanistica e appalti* (2003) 566 ss, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione e tutela dell'affidamento*, decisione nella quale, addirittura, si afferma l'estraneità di tale principio al diritto amministrativo, come sarebbe confermato dalla circostanza per cui la cognizione del giudice amministrativo, a differenza di quella del giudice civile, "si limita al solo controllo di legalità" volto ad asseverare che l'attività amministrativa "è stata svolta in conformità al principio costituzionale di imparzialità e buon andamento", con la conseguenza che non sussisterebbero "nel nostro ordinamento i principi generali dell'affidamento nell'espletamento dell'attività provvedimentale". Per una condivisibile critica a tale orientamento, cfr. L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza* cit. 110 ss. Tale posizione è stata poi superata da Cons. Stato 19 marzo 2003, n. 1457, in *Dir. e formazione* (2003) 1954 ss., e da Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5495, con nota di M. MACCHIA, *Ambito di operatività del principio di buona fede oggettiva*, in *Giornate di dir. amm.* 4 (2004) 403 ss., sentenze che hanno riconosciuto l'operatività tanto della buona fede che del legittimo affidamento nel quadro della complessiva responsabilità della P.A. Per un quadro maggiormente esaustivo dell'evoluzione giurisprudenziale in materia si rinvia a V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità contrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Foro it.* III (2002) 4 ss., nonché a M. MACCHIA, *Ambito di operatività del principio di buona fede oggettiva* cit.

⁵⁷ Cfr. nota precedente.

⁵⁸ Per la quale rinvio a G. ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il Consiglio di Stato* (2000) 743 ss.

rettamente la responsabilità per sviamento come conseguenza del diritto-dovere-obbligo del giusto procedimento.

Né va trascurato, peraltro, che l'identità permane ed in un certo senso si corrobora nell'ipotesi in cui oltre, ovvero a prescindere, dal risarcimento del danno si ottenga la caducazione dell'atto in cui si è concretato l'esercizio del potere o del diritto in deviazione dalle finalità del medesimo, caducazione che, come si è visto, nel suo aspetto sostanziale di inibizione dell'efficacia dell'atto si riscontra ormai largamente nel settore dei rapporti civili e che, per quanto concerne l'ambito amministrativistico, rappresenta la via, da considerare non più prioritaria ma solo concorrente, attraverso la quale al cittadino è consentito di ripristinare la congruenza tra l'esercizio concreto del potere ed i suoi scopi istituzionali.

In conclusione, si registra un processo di riunificazione delle forme di tutela che determina una ricomposizione unitaria della buona fede, oltre il pubblico e oltre il privato, nel quale la *iurisdictio de dolo*, nella sua articolata strategia di reintegrazione-risarcimento-ripristino della fattispecie lesa, da un lato, e la categoria romanistica del *dolus praesens*, dall'altro, assumono, a mio avviso, un rilevante valore euristico⁵⁹.

Ritornano, dunque, attuali le riflessioni di un insigne Maestro, A. Falzea, il quale, nel corso di un celeberrimo convegno, manifestò la

⁵⁹ Nella prospettiva di una effettiva ed efficace armonizzazione del diritto, si ricordino i "principi UNIDROIT", ossia i *Principi dei contratti commerciali internazionali*, a cura dell'UNIDROIT (Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato), Roma 1995. L'art. 1.7, in materia di *Buona fede*, prevede, al comma 1, che "ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale"; ed al comma 2, che "le parti non possono escludere o limitare quest'obbligo". I principi UNIDROIT sono pubblicati anche in *Contratto e impresa, Europa*, 1996, 407 ss., con un primo, autorevole, commento di A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT* 287 ss. In materia di unificazione del diritto, M.J. BONELL, v. *Unificazione internazionale del diritto*, in ED. VL (Milano 1992) 720 ss; G.B. FERRI, *Il "Code Européen des Contrats"*, in *Europa e dir. priv.* (2002) 345 ss., in commento al "progetto preliminare di Codice europeo dei contratti, predisposto dall'Accademia dei giuristi europei", pubbl. nella medesima *Rivista* 275 ss.; G. ALPA, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1999) 744; A. SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo* (Torino 2003); N. LIPARI, *Trattato di diritto privato europeo* (Padova 2003). Inoltre, spunti particolarmente significativi, in E. FERRARIS, *La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*, in *Riv. dir. comm.* I (1995) 759 ss.

necessità di una “disciplina”, aggiungerei, “unitaria” e “generale”, dell’azione, “essenziale per la vita delle comunità e tra le comunità e per la garanzia dei valori fondamentali dell’uomo in qualunque contesto di relazioni e di interessi”. Tale disciplina non può che essere “affidata in linea primaria ai principi generali”, con l’avvertenza, però, che, oggi, “l’attenzione del giurista” deve “soffermarsi, soprattutto allo scopo di stabilire il loro diverso modo di concorrere alla conformazione dell’ordinamento giuridico”⁶⁰.

⁶⁰ Ci si riferisce al celebre convegno dell’Accademia dei Lincei su “*I Principi generali del Diritto*”, tenutosi nei giorni 27-29 giugno 1991. Le diverse, autorevolissime relazioni, tra le quali quella citata nel testo di A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, sono tutte pubblicate nella *Riv. dir. civ.* I (1991) 455 ss. Si ricordino anche le relazioni di G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato* 475 ss.; S. COTTA, *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche* 494 ss.; A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principii generali del diritto nell’ordinamento comunitario* 511 ss. Convegno, questo, al quale è seguito un altro celebre convegno in onore e memoria di Alberto Trabucchi, organizzato sempre dall’Accademia dei Lincei e tenutosi il 20 dicembre 1998, le cui Relazioni sono pubblicate nella *Riv. dir. civ.* I (1998) 1 ss., tra le quali si ricordino quella di A. FALZEA, *Le “Istituzioni” del diritto privato verso l’età contemporanea* 1 ss.; ID., *La Costituzione e l’Ordinamento* 261 ss. Inoltre, sempre in materia di “azioni” e “tutela”, più di recente, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni I (Milano 1998) spec. 244 ss.; M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.* (2004) 439 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori approfondimenti di natura bibliografica.

Finito di stampare
nel mese di Giugno 2011
dalla Litho 2 - Casoria (NA)