

Vivagni. I

Metamorfosi di un principio giuridico – Ancora sulle nozioni romane di «fructus» – Posta elettronica per romanisti

Metamorfosi di un principio giuridico

Quando, in un qualsiasi contesto, ci si imbatte nell'uso intenzionale ed enfaticizzato, come ad esempio in un titolo, del termine «metamorfosi», anche per un romanista è ormai inevitabile andare con il pensiero, più che ad Ovidio o ad Apuleio, al racconto di Franz Kafka, dove peraltro, come ormai pressoché tutti sanno, il titolo «*Die Verwandlung*», che propriamente significa «la trasformazione», è stato tradotto con un grecismo che forse non era nelle intenzioni dell'autore, e che d'altra parte appare scolpire efficacemente lo straniamento del protagonista che si ritrova rinato in un «immane insetto» («zu einem ungeheuren Ungeziefer»: ove l'aggettivo è stato a sua volta reso nelle traduzioni in svariati modi – «enorme», «mostruoso», «atroce» –, ma, derivando da «*geheuer*», originariamente «sicuro dagli spiriti», a chi pratici i nostri studi ricorda inevitabilmente il processo linguistico per cui, dall'apotropaico 'manis' cui si ricorre per indicare come «buone» le divinità più spaventose, si forma attraverso il prefisso privativo il termine 'immanis', che dapprima significa appunto «minaccioso» e «terrificante», per poi passare ad indicare, già in Cicerone, ciò che è «enorme», sia pur in un'accezione ancora negativa: donde il notevole parallelismo tra il tedesco «*ungeheuer*» e l'italiano «immane», pur nello smarrirsi in entrambe le lingue della connotazione «terrifica» propria dell'originario significato etimologico).

Tuttavia – anche se tale suggestione negativa non sarebbe forse del tutto fuori luogo anche per quanto riguarda il principio giuridico le cui «trasformazioni» vengono qui trattate – in questo caso il richiamo al termine «metamorfosi» ha presupposti meno letterari e colti, ed allude in maniera più modestamente puntuale al titolo di un'opera saggistica che venticinque anni fa conobbe una certa fama, ossia *Les métamorphoses du cercle* di Georges Poulet, dove si parte dalla nota metafora, che comparirebbe per la prima volta nel cosiddetto *Libro dei ventiquattro filosofi*, secondo cui Dio è una sfera il cui centro è dovunque e la cui circonferenza in nessun luogo (*Deus est sphaera cuius centrum ubique, circumpherentia nusquam*), per studiare gli atteggiamenti verso il cerchio e la sfera e le loro peculiarità nelle varie epoche e nei diversi autori, specie poetici, in una indagine volta ad analizzare i diversi atteggiamenti verso tale figura concettuale e quindi le sottese mentalità che essi permettono di mettere in luce. Così, ad esempio, nel Rinascimento tale metafora appare felicemente esprimere la ritrovata centralità dell'uomo che si riappropria di un cosmo di cui si sente sempre e dovunque perno essenziale, e nel Barocco essa farà da sfondo alla nota tendenza ad «occupare» uno spazio che va «riempito» invasivamente della presenza umana, mentre in Blaise Pascal la disperata sensazione della finitezza dell'uomo di fronte a Dio, acuita dalla meditazione e dalla conoscenza religiosa, farà sentire l'uomo nient'altro che un punto infinitesimale (un «acar») in tale immane ed incomprensibile infinitezza del creato di cui è prigioniero, cosicché, di fronte a tale angosciante senso di sproporzione,

la sfera il cui centro è dovunque e la cui circonferenza in nessun luogo diverrà inevitabilmente una sfera «spaventosa» che separa abissalmente l'uomo dalla vera realtà infinita di Dio.

L'interesse principale del libro di Georges Poulet, piuttosto che storico, è ovviamente anzitutto letterario, e accanto a quelle filosofiche sono le estrinsecazioni poetiche di tale metafora nonché il ricorso ad essa nelle teorizzazioni della critica letteraria a segnare il procedere dell'indagine, che da Dante Alighieri giunge al Romanticismo passando per san Bonaventura e Maestro Eckhart e Rousseau, per incentrarsi, dopo aver trattato del Rinascimento, dell'età barocca e di Pascal, soprattutto sui poeti e gli scrittori moderni, da Lamartine e dal suo «cerchio senza fine in cui tutto è iscritto» alla «felicità sferica» di Goethe e alla psicologia di Balzac e alle sue metafore geometriche, e così da Alfred de Vigny e da Gérard de Nerval ai cerchi infiniti che Edgar Allan Poe scopre all'interno di ogni entità tanto umana quanto siderale, sino all'espandersi della coscienza verso la sua estrema circonferenza in Amiel e ai sempre più stretti cerchi che imprigionano la mente in Flaubert, agli abissi dell'espansione del tempo soggettivo in Baudelaire, alle iperboli geometriche di Mallarmé, e ancora all'inesistenza di un centro nei personaggi di Henry James, ai difficili orizzonti sferici di Claudel, o ai fanciulli che in Rilke vanno verso la vita in cerchi sempre più larghi, fino ai deserti circolari di Thomas Eliot (il problema, in tale ampliarsi sempre più vasto dell'opera nel suo finale, è semmai il fatto che sovente, soffermandosi su immagini geometriche talvolta secondarie e assai lontane da quella iniziale, si rischia di dilatare troppo l'indagine sino a smarrire esempi molto più puntuali del tema principale: così, ad esempio, è tra l'altro strano che l'autore, che pur si sofferma su altri poeti elisabettiani, come in particolare Andrew Marvell, non ricordi i versi di John Donne – *A Valediction: Forbidding Mourning** – che recano un paragone tra gli amanti e le aste del compasso, che si divaricano e si allontanano ma restano sempre unite, che appare ricollegarsi in maniera relativamente immediata e soprattutto pressoché esemplare a tale metafora).

Ma al di là di tali secondari problemi nonché dei suoi prevalenti interessi filosofico-letterari, *Les métamorphoses du cercle* appare costituire pur nella sua peculiarità uno dei più riusciti esempi di quel genere saggistico che si è usi indicare come «storia delle mentalità», che si impernia appunto sui diversi atteggiamenti che nelle varie epoche e nelle differenti culture si sono susseguiti a proposito di un aspetto della realtà sufficientemente significativo da far intravedere, più in generale, l'intera congerie delle idee e delle sensibilità che nelle varie tappe fa da fondale a tali atteggiamenti verso quel singolo fenomeno: ossia, tendenzialmente, la complessiva temperie culturale di un determinato periodo e il suo evolversi nella storia (è sempre degli anni '70 del secolo scorso, tra l'altro, un'altra opera rimasta anch'essa esemplare nel genere saggistico in questione, ossia *L'homme devant la mort* di Philippe Ariès, che esamina in tale prospettiva le concezioni, gli atteggiamenti, i sentimenti e gli usi quotidiani di fronte alla morte nei diversi contesti culturali succedutisi dal Medioevo ad oggi, in una prospettiva ove l'architettura e la collocazione del cimitero nella città, o il mutare del nome stesso di quest'ultimo, diviene una sorta di prisma per illuminare in una estrema sintesi di significati tutte le concezioni di un'epoca: e anche per quanto riguarda il mondo antico non sono poche le opere che ad esempio si incentrano appunto sulla «storia» delle idee della morte e del destino per attraversare in tale falsariga i diversi contesti letterari, culturali, religiosi e filosofici). In particolare, quindi, la metafora del cerchio, nelle sue svariate ma relativamente compatte ed unitarie estrinsecazioni, rappresenta per tal verso un elemento in effetti semplice quanto significativo per studiare i diversi atteggiamenti umani nelle varie epoche, riportandoli tutti a un comun denominatore elementare, cosicché il libro di Georges Poulet, pur non appartenendo propriamente al genere della «storia delle mentalità», appare tuttavia rimanere una sorta di esempio paradigma archetipico di tale letteratura e delle sue potenzialità critiche.

*) «If they be two, they are two so / as stiff twin compasses are two / thy soul the fixed foot, makes no show / to move, but doth, if th' other do. //And though it in the center sit, / yet when the other far doth roam, / it leans, and hearkens after it, / and grows erect, as that comes home. //Such wilt thou be to me, who must / like th'other foot, obliquely run; / thy firmness draws my circle just, / and makes me end, where I begun »

Se sono in qualche modo chiari l'intrinseco valore e i vantaggi offerti da tale modo di porsi davanti ai problemi di ordine storico (pur nella ovvia non unicità di tale metodo, che appare semmai rappresentare una ultima e più raffinata esercitazione ricostruttiva da coniugare ad altri e più usali sistemi di studio), in chi si occupi della storia del diritto può sorgere inevitabilmente il desiderio di trovare anche per quanto riguarda la sua disciplina opere di questo tipo, che attraversino i vari contesti culturali seguendo il filo unificante di un singolo aspetto dell'ordinamento o di una unica regola o principio giuridico.

Certamente, è difficile sfuggire al fascino di un'ipotetica opera che attraverso le sfumature del diverso atteggiarsi di una singola norma nella storia riesca a riflettere in una conglobante *reductio ad unum* l'intero contesto culturale e il complessivo ordinamento in cui essa via via essa si colloca, facendo rivivere ogni volta, agendo come una sorta di metafora totalizzante, l'intero teatro delle idee e delle costruzioni umane, e non solo giuridiche, di cui le sue progressive estrinsecazioni appaiono costituire il frutto.

Per altro verso, se a una prima considerazione il fatto che nel contesto del diritto vi siano norme e principi che si perpetuano pressoché inalterati forse da millenni potrebbe far pensare che tale disciplina sia più di ogni altra favorita nel concedere la possibilità di un simile tipo di studio storico, è nondimeno vero che le vicende di una regola giuridica si risolvono in ultima analisi nella storia del diritto intesa come trasformarsi dell'ordinamento, il quale si pone come una sorta di diaframma a separare il più delle volte la singola norma dalla mentalità generale che le fa da sfondo, mentre d'altra parte il contesto positivamente utilitaristico che presiede ai cambiamenti giuridici rende di per sé alquanto difficile scorgere nelle trasformazioni di una norma il diretto prodotto di un mutamento di mentalità.

Vi sono certamente degli studi di storia del diritto in cui il rapporto tra norma, ordinamento e cultura generale viene approfondito in maniera più attenta e risolutiva di quanto normalmente avviene (penso, in primo luogo, ad alcune opere di Paolo Grossi sulla storia della proprietà e del possesso), ma in ogni caso tale attenzione alle mentalità che fanno da sfondo ai mutamenti del diritto rimane sempre, inevitabilmente, quasi una giustificazione ulteriore del conformarsi della regola giuridica che si aggiunge alle più prossime ragioni giuridiche che ne spiegano in maniera alquanto più immediata le vicende e le trasformazioni. Si tratta, in altri termini, di un riferimento alla cultura che giustifica i generali atteggiamenti dell'ordinamento giuridico, che a sua volta conducono al trasformarsi della norma, e non di una immediata relazione tra le diverse formulazioni della regola e la temperie generale della società in cui essa si situa: senza che sia quindi possibile giungere, proprio in base alle generali caratteristiche dell'evoluzione giuridica, a porre un diretto nesso tra il cambiare della norma e il mutare della mentalità umana in generale.

D'altra parte, se tale mediazione esercitata dall'ordinamento giuridico tra il contesto generale di una cultura e l'atteggiarsi della singola norma appare in linea di massima precludere la possibilità di studiare le vicende della singola norma direttamente alla luce del mutare della mentalità umana, le fonti romane offrono purtuttavia opere che non sono esclusivamente precettive, ma giustappongono il loro valore normativo, o comunque il valore di fonte del diritto che assumono ai nostri occhi, ad ulteriori valenze, in particolare didattiche, che innanzitutto le caratterizzano, mentre per altro verso lo stile legislativo della *constitutio* tardoimperiale fa sì che accanto alla regola da applicare vi siano giustificazioni e spiegazioni la cui enfasi perlopiù retorica, e quindi tale da evidenziare le motivazioni sottese all'attività legislativa, fornisce non scarsi spunti a chi voglia esaminare tali fonti in una prospettiva *lato sensu* antropologico-giuridica (intendendo tale disciplina, propriamente, nei suoi confini più lati, e quindi tale da poter studiare le consuetudini dei popoli senza scrittura così come, ad esempio, le tecniche e gli atteggiamenti codicistici che si diffondono nell'Ottocento in Europa): offrendo, dunque, la possibilità di esaminarle dallo specifico punto di vista della cosiddetta «storia delle mentalità».

Un caso di immediato nesso tra una norma ed i mutamenti dei generali atteggiamenti culturali prima ancora che giuridici in cui ci si può imbattere nell'ambito del diritto romano può ad esempio

essere quello della motivazione data quasi incidentalmente dalle *Institutiones* di Gaio (1.52 s.) a proposito del provvedimento di Antonino Pio (un rescritto il cui destinatario, Elio – o Aurelio – Marciano, sembra essere stato un proconsole della Betica da tenere comunque distinto dall'omonimo giurista), ove l'imperatore – in seguito alle richieste di un governatore provinciale relative alle misure da prendere in ordine agli schiavi che disperati si rifugiavano presso i templi o le statue del principe per sottrarsi alle sevizie e all'incrudelire dei proprietari – costringeva questi ultimi a vendere lo schiavo, lasciandoli rifarsi sul prezzo così ottenuto (provvedimento sul quale, parrebbe, avrebbero influito altresì analoghe norme conosciute al mondo greco).

Il rescritto imperiale, da cui partirebbe tale indagine di cui voglio qui limitarmi ad indicare soltanto i punti fondamentali e le potenzialità ermeneutiche, e che del resto è almeno in alcune sue parti già stato per vari versi oggetto di studio da parte della letteratura romanistica, ci è conservato nel suo tenore tendenzialmente letterale dai *Digesta* :

D. 1.6.2 (Ulp. 8 *off. procons.*): Si dominus in servos saevierit vel ad impudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto Divi Pii ad Aelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestabitur. cuius rescripti verba haec sunt: 'dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famem vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum, qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est vel infami iniuria affectos cognoveris, veniri iube ita, ut in potestate domini non revertantur. qui si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet me admissum severius executurum'. Divus etiam Hadrianus Umbricium quandam matronam in quinquennium relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset.

Come mostra in particolare il riferimento finale al circoscritto provvedimento preso da Adriano nei confronti di una matrona particolarmente crudele nel punire le sue ancelle, l'esposizione di Ulpiano, ancora fedele al testo del rescritto di Antonino Pio (che compare altresì in *coll.* 3.3.6), riflette l'efficacia limitata della disposizione, in origine soltanto una contingente risposta alla richiesta di un governatore provinciale: ed è anzi stato notato come, nel finale del rescritto, il ricorso al termine '*admissum*' appaia per vari versi sottolineare come l'imperatore non intendesse con il suo intervento reprimere un *crimen*, ma semplicemente dichiarare illecito un determinato comportamento, senza che esso dovesse di per sé venire sussunto tra gli illeciti criminali forgiando così una nuova figura di reato: tutto ciò non si tradurrebbe dunque in una *accusatio*, ma in una tutela di fatto concessa ad un'umile lagnanza dello schiavo maltrattato, limitata ad ipotesi particolarmente gravi, così come avviene, analogamente, nell'ipotesi della tutela concessa a partire da Marco Aurelio e Lucio Vero al servo che abbia con i propri risparmi acquistato la libertà e il *dominus* si rifiuti invece di manometterlo:

D. 1.12.1.1 (Ulp. *l.s. off. praet. urb.*): Servos qui ad statuas confugerint, vel sua pecunia emptos ut manumittantur, de dominis querentes audiet.

Non si è quindi ancora troppo lontani da quell'ambito di limitato e pressoché occasionale intervento della *constitutio* imperiale nell'ordinamento vigente che caratterizza il sorgere di tale strumento, e che per vari versi si conserva a lungo specie in ordine a provvedimenti che, come quelli qui considerati, interferivano direttamente con principi fondamentali del diritto romano come la libertà del *dominus* nella gestione della *res*.

La prospettiva cambia in maniera sensibile nella sistematica delle *Institutiones* di Gaio, ove, pur considerando il disposto del rescritto non di per sé immediatamente cogente, lo si reputa in ogni caso in sintonia con le direttrici di fondo dell'ordinamento e quindi, come tale, da applicare in via generale ('... *et ... recte fit ...*):

inst. 1.52-53: In potestate itaque sunt servi dominorum. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur. 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 [sacratissimi] imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servum occiderit. sed et maior quoque asperitas dominorum per eiusdem principis constitutionem coeretur: nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana deorum vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si 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.

Qui non interessa ovviamente ripercorrere le tappe che, dalla libertà del padrone anche di uccidere lo schiavo, implicata in antico dalla potestà dominicale e forse sanzionata nei suoi eccessi soltanto a livello di provvedimenti censorii, conducono con Antonino Pio ad una normazione che giunge a sancire la responsabilità penale del *dominus* che arrivi senza motivo a tale azione, né tantomeno tornare ai dubbi sull'ipotetico carattere glossatorio del passaggio (*et quodcumque ... adquiritur*) tra i due paragrafi, o dell'avverbio *'supra modum'*, che la dottrina si pose molti anni or sono: è sufficiente considerare la motivazione che Gaio reca a giustificazione della *ratio* di tale provvedimento imperiale, in un contesto che muove dal riferimento alla situazione giuridica del *prodigus* (ove, si potrebbe dire in una prospettiva un po' positivista ed ottocentesca, vengono meno quelle ragioni di utilità generale per cui l'ordinamento riconosce ai consociati la cosiddetta autonomia giuridica), e che si concreta nell'affermazione secondo cui non si deve usare malamente del proprio diritto (*recte fit: male enim nostro iure uti non debemus*).

Tale elemento, in Gaio, pur giustificando una non trascurabile limitazione dello *ius abutendi* che spetterebbe al *dominus* secondo i principii generali (nonché di quella *vitae necisque potestas* che gli compete, com'è noto, altresì sui figli), appare in ogni caso rimanere circoscritto ad un criterio generale sostanzialmente metagiuridico (qualcuno ha parlato di «dimesso e subalterno moralismo» di Gaio), che sottopone a limiti di giustizia e di equità l'esplicazione di un diritto quantomeno nei suoi aspetti più estremi, lasciando quindi intatto – pur muovendo in qualche modo verso una teoria che sarà quella dell'«abuso del diritto» – il principio dell'assoluta libertà che di massima compete al *dominus* rispetto alle sue proprietà, e ponendovi argini soltanto in ipotesi particolari, connesse, come qui avviene, alla particolare condizione del *servus*, come si è usi dire *res* ma altresì persona (e non è del resto da dimenticare come sia normale, in Gaio, collegare un po' tautologicamente la *ratio* di una norma alla stessa esigenza sostanziale appagata con l'introduzione di essa). Ma nella procedura così introdotta per recare *auxilium* al servo maltrattato, e nella conseguente prassi di *audire* lo schiavo rifugiatosi presso i templi (D. 1.12.1.1), forse in relazione soprattutto a problemi di tutela dell'ordine pubblico, si è in ogni caso introdotto un criterio potenzialmente alquanto rivoluzionario nei suoi ancora impliciti sviluppi futuri, che pone il *dominium ex iure Quiritium* in una prospettiva che non è più soltanto individuale, ma altresì di ordine sociale (sia pure in una prospettiva ancora di ordine morale e non già economico).

D'altra parte – per quanto qualcuno (forse con qualche esagerazione) voglia che qui Gaio tenda a presentarla come un principio generale quasi di *ius gentium* e financo di diritto naturale (*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*) –, tale regola, pur a volte giudicata «quasi rivoluzionaria», sembra in realtà limitarsi ad incidere sui limiti del *dominium* in base a criteri alquanto generici e blandamente filosofici, senza nulla concedere, propriamente, a qualsiasi riconoscimento giuridico di un diritto di integrità personale dello schiavo (così come, del resto, la facoltà di uccidere lo schiavo non viene di per sé meno, e il proprietario che eserciti su di lui lo *ius vitae ac necis* è punito dal rescritto soltanto qualora lo abbia fatto – così come del pari avviene per le sevizie – appunto *sine causa*: *'... qui sine causa servum suum occiderit ...'*).

In effetti, se in Gaio la visuale è ancora quella di un rescritto che nel suo significato va oltre il singolo caso, autorizzando così il giurista ad estendere i principii di fondo in esso contenuti ad una generalità di situazioni, già nella *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* (il cui testo corrisponde al ricordato D. 1.6.2), come sovente avviene nelle compilazioni di tale periodo si riporterà il testo della

costituzione esponendone direttamente il testo come norma vigente:

coll. 3.3.1 ss. (Ulp. 8 off. procons.): Si dominus in servum saevierit vel ad inpudicitiam turpemque violationem compellat, quae sint partes praesidis, ex rescripto divi Pii ad Aurelium Marcianum proconsulem Baeticae manifestatur. Cuius rescripti verba haec sunt: ‘dominorum quidem potestatem in suos servos inlibatam esse oportet ...’.

Per altro verso, una locuzione quale ‘*immoderate suo iure uti*’, alquanto prossima al gaiano ‘*male nostro iure uti*’ compare – fornendo per tal via ulteriori spunti alla critica interpolazionistica che cercava di individuare i glossemi delle *Institutiones* – in una costituzione di Costantino del 319 (C.Th. 9.12.1 = C.I. 9.14.1), dove, in un contesto non certo immune dai compiacimenti talvolta altresì un po’ sadici propri di tale stile legislativo, vengono ribaditi nella nuova temperie cristiana analoghi concetti circa l’illegittimità dell’incrudelire sul servo da parte del *dominus* (aspetto che secondo alcuni fa dubitare che il rescripto di Antonino Pio, pur riportato da Gaio come principio indiscusso, si fosse effettivamente imposto definitivamente e in maniera generale alla prassi dell’impero grazie alla *interpretatio iurisprudenziale*):

Si virgis aut loris servum dominus adflixerit aut custodiae causa in vincla coniecerit, dierum distinctione sive interpretatione depulsa nullum criminis metum mortuo servo sustineat. nec vero immoderate suo iure utatur, sed tunc reus homicidii sit, si voluntate eum vel ictu fustis aut lapidis occiderit vel certe telo usus letale vulnus inflixerit aut suspendi laqueo praeceperit vel iussione taetra praecipitandum esse mandaverit aut veneni virus infuderit vel dilaniaverit poenis publicis corpus, ferarum vestigiis latera persequendo vel exurendo admotis ignibus membra aut tabescentes artus atro sanguine permixta sanie defluentes prope in ipsis adegerit cruciatibus vitam linquere saevitia immanium barbarorum.

Ogni traccia della non definitiva ed in fondo blanda prospettiva classica, già probabilmente irrigidita in una regola assoluta nel tardo impero, verrà in ogni caso del tutto meno nell’ VIII titolo del II libro delle *Institutiones* giustinianee (titolo che risulta utilizzare principalmente la trattazione gaiana, essendo da rifiutare, secondo i più recenti studi, le ipotesi una volta avanzate in ordine alla derivazione della ‘*maior asperitas dominorum*’ dal rescripto di Antonino Pio riferito in ipotesi dalle *Institutiones* di Marciano): qui l’esposizione gaiana di tale regola viene ripetuta pressoché alla lettera ma con alcune varianti e soprattutto alcune aggiunte di non trascurabile importanza, se non da un punto di vista strettamente normativo, quantomeno in una prospettiva per così dire storico-culturale (e non soltanto, ovviamente, in relazione alla prevedibile scomparsa dei templi pagani – ‘*fana deorum*’ –, censurati dai compilatori cristiani). Come si è in parte visto, del resto, la prima parte (sino a ‘*coerchetur*’) del § 53 delle *Institutiones* di Gaio è tra l’altro altresì riportata in D. 1.6.1.2, con modifiche che coincidono in larga parte con quelle operate nelle *Institutiones* giustinianee, mostrandone così la verosimilmente cosciente intenzionalità da parte dei compilatori.

Iust. inst. 1.8.1-2: In potestate itaque dominorum sunt servi. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur id domino acquiritur. Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio nostro sunt licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire. nam ex constitutione divi Pii Antonini qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri iubetur quam qui servum alienum occiderit. sed et maior asperitas dominorum eiusdem principis constitutione coercetur. nam consultus a quibusdam praesidibus provinciarum de his servis qui ad aedem sacram vel ad statuas principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos bonis condicionibus vendere, ut pretium dominis daretur: et recte; expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur. cuius rescripti ad Aelium Marcianum emissi verba haec sunt: ‘dominorum quidem potestatem in suos servos inlibatam esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi. sed dominorum interest, ne auxilium contra saevitiam vel famen vel intolerabilem iniuriam denegetur his qui iuste deprecantur. ideoque cognosce de querellis eorum qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt, et si vel durius habitos quam aequum est, vel infami iniuria affectos cognoveris, venire iube, ita ut in potestatem domini non revertantur. qui Sabinus, si meae constitutioni fraudem fecerit, sciet, me admissum

severius exsecuturum?.

Al di là del fatto, già di per sé non poco significativo, che al semplice richiamo gaiano ad una ‘causa’ (*et sine causa in servos suos saevire*) che possa giustificare la severità della punizione dello schiavo si è sostituito il più specifico e circoscritto presupposto di una ‘causa legibus cognita’, cui si aggiunge il divieto che ciò possa comunque avvenire ‘*supra modum*’ (*nullis hominibus ... licet sine causa legibus cognita et supra modum in servos suos saevire*), qui non sembra trattarsi più di una limitazione contingente del diritto di proprietà dovuto a un principio di umanità, né convincono fino in fondo, quale reale *ratio* della norma, i rilievi utilitaristici di cui le *Institutiones* imperiali appaiono prodighe (tra l’altro, nel riportare il testo del rescritto di Antonino Pio, già *coll.* 3.3.6 risulterebbero aver tenuto anche presenti problemi di ordine pubblico legati alla possibilità di disordini e sedizioni da parte degli schiavi). Definendo, sia pur indirettamente, in se stesse giuste le reazioni dello schiavo ai crudi maltrattamenti del *dominus* (*inuste deprecantur*), si esplicita, enfatizzandolo, un paradigma generale già risalente al rescritto antoniniano e qui amplificato dal nuovo contesto, secondo cui la potestà sui servi va esercitata in maniera ‘*illibata*’ (ossia, in riferimento al significato sacrificale di ‘*libo*’, ciò che è «intatto», «integro», «non diminuito», «puro» e quindi «senza macchia», così come avviene parallelamente nell’arcaico aggettivo ‘*delibutus*’, di senso contrario: «unto», «bagnato», «imbevuto», «impregnato»; d’altra parte in D. 1.6.2, riportando il rescritto, Ulpiano parla altresì di padroni che costringono lo schiavo ‘*ad impudicitiam turpemque violationem*’: frasi in cui, del resto, è possibile notare la presenza di echi forse del *de beneficiis* di Seneca). La necessità di tale carattere ‘*illibatus*’, così, appare in generale giustificare provvedimenti che nel caso limitino la *dominica potestas* nell’ipotesi che il comportamento del proprietario non risponda a tale criterio: o più esattamente, legittimare a porre in generale dei confini alla sua libertà di disposizione a tutela di tali principii generali; i compilatori, infatti, non parlano più di un cattivo uso del proprio diritto, come Gaio (*male enim nostro iure uti non debemus*), bensì, come è stato osservato, direttamente di cattivo uso della *res* (*... ne quis re sua male utatur ...*), con una differenza che, per quanto apparentemente lieve, pone quindi l’accento sul bene in se stesso e sulla sua generale utilizzazione nella complessiva economia dello Stato, e non più sull’aspetto più estremo e quindi più circoscritto dell’abuso del diritto (in un contesto normativo, quindi, che dal piano privatistico si sposta in maniera quasi impercettibile e tuttavia definitiva su quello della regola pubblicistica).

Per tal verso, se le *Institutiones* sono com’è noto un luogo in cui i compilatori giustinianeî – anche se non del tutto liberi dal dover lavorare su materiali normativi preesistenti come avviene nelle *Novellae* – in ogni caso adattano con una certa autonomia i modelli classici via via impiegati, e lasciano quindi emergere più che altrove le fondamenta ideologiche generali sottese all’assetto normativo di cui è espressione il *Corpus Iuris*, dando più esplicitamente conto delle innovazioni da esso in concreto recate, risulta non poco significativo come al gaiano ‘*male enim nostro iure uti non debemus*’, relativamente innocuo nella sua genericità, siano state sostituite le parole ‘*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*’, dove al lato principio di giustizia equitativa del giurista del II secolo d.C. si è sostituita una giustificazione che molto più concretamente fa perno su un interesse generale dello Stato all’accorto impiego della proprietà privata: motivazione che quindi appare di per sé idonea a costituire un positivo paradigma cui vanno commisurate le possibili estrinsecazioni di ogni diritto di sfruttamento della *res* da parte del *dominus* (si noti infatti come tra l’altro sia scomparso anche il parallelo con la fattispecie del *prodigus*, che nel testo gaiano ha del resto diviso la dottrina tra chi lo trovava «ammirevole» e chi lo considerava invece ininferente, ma che in ogni caso fondava la regola su di un semplice argomento blandamente analogico, e che d’altra parte, nel suo valore argomentativo, ancorava la norma ad impostazioni meramente privatistiche che ora vengono sostituite da prospettive di ordine invece pubblicistico): tale criterio, dunque, risulta così riguardare, almeno potenzialmente, il *dominium* in quanto tale e non solo la proprietà degli schiavi, e d’altronde non sembra più trattarsi di una circoscritta eccezione alla libertà dispositiva del *dominus*, ma di un paradigma generale cui quest’ultima va senz’altro commisurata in tutte le sue estrinsecazioni, conformandola in quanto

tale ad una utilità generale, incarnata dallo Stato, che strutturalmente sembra pervenire a costituire la giustificazione ultima, almeno per tal verso, dell'autonomia privata (intesa nel suo senso più ampio) concessa al cittadino.

Ed in effetti si è notato come emerga ormai qui un nuovo rapporto, e quindi nuovi confini, tra l'interesse privato e l'interesse pubblico, e, di riflesso, tra il diritto privato e quello pubblico, codificando in una maniera più piana e definitiva, in una sorta di *utilitas communis*, quella contrapposizione tra *utilitas publica* ed *utilitas privata* o *singulorum* che già aveva acquistato un rilievo, forse nella sua prima novità persino maggiore rispetto al contesto giustiniano, nel periodo postclassico e nell'ambito dei nuovi assetti innanzitutto economici che lo caratterizzano (non si dimentichi del resto l'ovvia nuova valenza assunta dalla schiavitù dopo il tramonto del sistema produttivo schiavistico e la diffusione di sistemi di dipendenza di altro tipo quali in primo luogo la cosiddetta servitù della gleba). Se anzi – forse con una certa forzatura – qualcuno ha detto già a proposito del parallelo passo gaiano e dell'età del principato ad esso sottesa che i principii umanistici dello stoicismo riescono ad imporsi solo attraverso una ideologia sempre più marcatamente autocratica ed universalistica in cui l'Imperatore, ormai padrone di tutti, diviene arbitro superiore di ogni umana contesa, sembra in ogni caso certo come in età cristiana tali mutamenti, anche nell'ambito delle nuove prospettive ideologico-religiose, si compiano una volta per tutte nel modo più spontaneo e naturale, e come il passo delle *Institutiones* giustiniane in esame ne fornisca per tal verso una compiuta prova.

Nel complesso, sembra quindi che anche qui, come sovente avviene, i compilatori delle *Institutiones*, trattando della *dominica potestas*, pur apparentando seguire quasi pedissequamente il modello gaiano, operino in realtà contenuti ma decisivi mutamenti del testo che finisce abilmente con il collocare il rapporto tra *domini* e *servi* al di fuori degli schemi tradizionali del diritto classico, facendo prevalere quella prospettiva pubblicistica che qui comporta non secondarie ed anzi sempre più incisive limitazioni ai poteri del proprietario. D'altra parte, non sembra da perdere di vista neppure il fatto che, anche nel ricorso a termini analoghi, il significato complessivo di un'affermazione può mutare notevolmente a seconda che sia inserito nel discorso isagogico di un giurista privato del II secolo d.C. ovvero in un testo imperiale del VI secolo avente natura normativa, come in particolare sembra avvenire per la parola '*constitutio*', che, in riferimento al rescritto di Antonino Pio, risulta assumere un ben diverso valore precettivo nei due contesti, passando, in particolare, da una valenza esemplare ed analogica ad una definitiva imperatività che le deriva sia dalla sua origine sia dalla sua menzione nei testi della Compilazione.

La dimensione statualistica e la nota trasformazione del *civis* in suddito che caratterizza l'età postclassica e giustiniana appare ancora più evidente nel corrispondente passo della *Paraphrasis* delle *Institutiones* attribuita a Teofilo (1.8.2), dove alcune locuzioni e concetti volti a giustificare il principio in questione, ad una più attenta lettura, si rivelano – per quanto questo non sia stato il più delle volte rilevato – alquanto più espliciti rispetto alla precedente versione giustiniana. E' qui sufficiente riportare la traduzione di Contardo Ferrini, limitandosi poi a citare in greco soltanto i passi più importanti dal punto di vista che qui rileva:

Hodie autem nullis hominibus qui sub Romano imperio sunt licet sine causa legibus cognita servum suum occidere, set neque supra modum in eos saevire. divi enim Antonini constitutione cautum est ut qui sine causa probabili servum suum occiderit ita puniendus sit, sicuti qui alienum interfecerit servum plecti soleat. probabilis causa est cum quis servum suum cum uxore sua in adulterio deprehendat, aut cum servus ei manus iniciat: nam si praevertens ferro eum interemerit, impune occisio fit. Non solum vero vetuit princeps servum sine ratione interfici, set maiorem quoque dominorum asperitatem alia coercuit constitutione, quae ex eiusmodi occasione originem duxit. Iulius quidam Sabinus in servos suos asper erat, qui cum intolerabilem eius saevitiam et poenas ferre non possent, domino relicto, alii ad venerabiles domos, alii ad principum statuas confugerunt. cumque transiret Aelius Marcianus illius praeses provinciae, eius invocaverunt auxilium. qui cum interrogasset, eorum novit condicionem causamque eiusmodi aditionis didicit. cum uero lex non esset, qua eiusmodi species decideretur, principem consuluit, quidnam fieri oporteret, omnia facta proponens. princeps vero ad ea commotus rescripsit non esse servis temere credendum de domino suo querentibus; natura enim servus domino inimicus est; set

iudicium convocandum et controversiam explanandam esse: et si videretur intolerabilis domini asperitas, cogendos esse dominos servos, in quos saevierint, bonis condicionibus vendere, pretiumque dominis dandum. ideo autem dixit 'bonis condicionibus', ne dominus servo infensior graves aliquando condiciones venditioni apponeret, veluti si pacisceretur ut in vinculis retineretur, uel ut nunquam manumitteretur, vel ut in regione habitaret quae graviore aere iis qui adsueti non sint, utatur: et ita liceat domino lege venditionis in servum etiam post venditionem saevire. recte et illud princeps adiecit, vendendum esse servum pretiumque domino dandum, ut et servus per venditionem asperum fugeret dominum neque dominus, cum pretium acciperet, servi pretium perderet. neque est cur indignetur dominus quasi non ei liceat suis servis imperare: princeps enim vel invitos subditos suos beneficio adficit. facile enim esset futurum ut servi, qui nullam refugii copiam haberent, sibimet mortem consciscerent aut fugam capesserent et sic pretii sui damnum domino adferrent. utriusque igitur curam gessit, domini et servi: expedit enim reipublicae ne quis re sua male utatur. uerba autem rescripti ad Aelium Marcianum haec sunt: 'dominorum potestatem illibatam esse oportet neque id lege minui, idest non sunt dominis iura detrahenda. set dominorum interest auxilium servis a dominis male habitis ferri contra iram inmodicam vel famem vel intolerabilem iniuriam. ideoque cognosce de querellis eorum qui ex familia Iulii Sabini ad statuas confugerunt; et si inquirens durius eos quam par est habitos vel ad turpe quoddam facinus compulsos cognoveris, veniri iube, ita quidem, ut in potestatem venditoris non revertantur. sin autem praedictus Sabinus aliquid in fraudem huiusce constitutionis facere praesumpserit, prima quidem facie servum distrahens, tacite autem pactus ut sibi reddatur, severiorem principem experietur tale admittens facinus fraudemque eius faciens constitutioni'.

Al di là del preoccupato buonismo un po' sindacaleggiante di Teofilo verso lo schiavo che venga trasferito in zone il cui clima non gli si confaccia (che forse meriterebbe qualche approfondimento), ed anche al di là della spiegazione della 'causa legibus cognita' nei termini di 'probabilis causa' (εὐλογος αἰτία) che, sia pur a livello interpretativo, la esemplifica attraverso ipotesi che tendono a limitarla a casi estremi quali la legittima difesa e l'omicidio a causa di onore, quanto qui soprattutto interessa è come l'autore bizantino riporti pressoché alla lettera la motivazione giustiniana relativa all'interesse dello Stato al buon uso dei propri beni (λυσιτελὲς γὰρ ἐστὶ τῇ πολιτείᾳ τὸ μηδένα κακῶς τῇ οἰκείᾳ κεχρησθῆαι περιουσίᾳ) e parimenti richiami la motivazione del rescritto, rendendo con ἀμείνον («migliore», «più virtuoso») l'aggettivo 'illibatus': tale motivazione viene anzi amplificata in una nuova giustificazione, che, specie in relazione all'affermazione di principio secondo cui 'nec cuiquam hominum ius suum detrahi', sottolinea utilitaristicamente come altrimenti il servo, per sottrarsi alle sevizie, potrebbe fuggire o addirittura darsi da se stesso la morte, cagionando così un danno economico addirittura maggiore al dominus, che si vedrebbe privato del valore dello schiavo (notazione utilitaristica che peraltro, nonostante il suo carattere di per sé in linea di massima privatistico, non giunge in ogni caso a sottrarre la norma dalla prospettiva pubblicistica in cui è già collocata dalle *Institutiones* giustiniane); ancora più interessante, nella prospettiva che qui interessa, è l'affermazione secondo cui l'imperatore, così disponendo, si prende cura tanto del proprietario quanto del servo (ὡςτε οὖν ἀμφοτέρων ἐποιήσατο πρόνοιαν, καὶ τῶν δεσποτῶν καὶ τῶν οἰκετῶν), rivelando una inaspettata visuale in cui, nella sempre più cosciente impostazione dirigitica ed autocratica della vita e dell'economia dell'impero, lo schiavo e il dominus vengono posti in ultima analisi su di uno stesso piano di fronte alla provvidenziale benevolenza del principe, abissalmente distante da loro, e di fronte al quale ogni quotidiana differenza tra gli uomini diviene di per sé irrilevante.

Ma tale valenza paternalistica del potere imperiale si manifesta in modo ancor più inquietante in una frase di poco precedente, ove la superiorità si potrebbe dire ontologica del monarca rispetto ai sudditi si manifesta in tutta la sua dimensione altresì didascalica e pedagogica: ὁ γὰρ βασιλεὺς καὶ ἄκοντας τοὺς ὑπεκόους εὐεργετεῖ ('princeps enim vel invitos subditos suos beneficio adficit': dove peraltro il verbo greco εὐεργετέω, nel descrivere l'azione benefica di un potere illuminato e munifico, assume significati molto più pregnanti, nonché alquanto più specifici da un punto di vista storico, rispetto al latino 'afficio').

L'affermazione secondo cui la munificenza provvidenziale dell'imperatore reca beneficii ed utili insegnamenti ai sudditi anche nel caso che essi non siano pronti ed anzi risultino senz'altro protagonisti ad accettarli potrebbe a prima vista sembrare una magniloquente *laudatio* retorica della supe-

riore e lungimirante saggezza del monarca, vicario nel mondo terreno di quell'ordine divino che legittima il suo potere. Ma non è così, e tale apparentemente estemporanea notazione sulla generosità dei doni imperiali si ricollega in realtà ad una ben precisa concezione dell'intervento dello Stato negli aspetti altresì meno materiali della vita dei cittadini.

L'idea per cui un soggetto debba essere obbligato a imparare anche contro voglia un determinato precetto etico nonché venire costretto anche con la forza a conformarsi ad esso è antico nelle teorizzazioni greche e romane, ed in particolare ci si richiama ad esso in relazione ad ogni rapporto gerarchico tra due soggetti di cui uno venga affidato al controllo educativo dell'altro, dal rapporto tra padre e figlio e tra maestro e discepolo a quello tra uomo e donna o tra padrone e schiavo, sino a quello che sottomette un popolo all'altro in vista della complessiva superiorità di quest'ultimo (è noto come tra l'altro Cicerone, nel *De Republica*, costruisca su tali basi la giustificazione intrinseca dell'espansione imperiale di Roma): ed è parimenti chiaro come per certi versi tale schema didattico possa essere esteso a giustificare anche il rapporto *lato sensu* gerarchico e di sovraordinazione che esiste tra governante e governati, anche se per altro verso il perdurante ideale di libertà e di dignità del *civis Romanus* impedì a lungo ancora durante il Principato una sua esplicita teorizzazione in tal senso, mentre, con l'avvento del cosiddetto Dominato ed ancor più con la vittoria del cristianesimo e la conseguente concezione vicaria dell'imperatore rispetto all'ordine e alla provvidenza divina sottesa all'ordine statale, una simile impostazione può venire applicata, almeno sotto certi versi, al rapporto che lega il monarca ai propri sudditi. Tuttavia – come tra l'altro si vedrà tra poco trattando delle teorizzazioni del potere imperiale nello stesso Teofilo – non sembra questa la via scelta dalla elaborazione giuridica e per così dire costituzionalistica antica per giustificare l'autocrazia del monarca. Per quanto riguarda l'ambito propriamente del diritto, l'idea per cui è giusto imporre a taluno, per il suo stesso bene, determinate scelte contro la sua volontà, incomincia invece ad essere teorizzata esplicitamente, nella letteratura e nella legislazione postclassica, a proposito della coercizione religiosa e della sua giustificazione morale e quindi giuridica, come in particolare avviene, in maniera compiutamente cosciente, nel *De errore profanarum religionum* del neoconvertito, e già una volta astrologo, Firmico Materno, ove si afferma nella maniera più chiara che, anche da un punto di vista non di ordine generale ma specificamente di convenienza individuale, è meglio che la devianza religiosa venga anche con la forza condotta (o ricondotta) all'ortodossia, per il suo stesso bene e la sua salvezza eterna (16.4-5):

... amputanda sunt haec, sacratissimi imperatores, penitus atque delenda, et severissimis edictorum vestrorum legibus corrigenda, ne diutius Romanum orbem praesumptionis istius error funestus immaculet, ne pestiferae consuetudinis convalescat improbitas, ne quicquid hominem dei conatur perdere diutius in terra dominetur. nolunt quidem et repugnant, et exitium suum prona cupiditate desiderant. sed subvenite miseris, liberate pereuntes. ad hoc vobis deus summus commisit imperium, ut per vos vulneris istius plaga curetur. facinoris eorum periculum scimus, erroris notae sunt poenae, sed melius est ut liberetis invitos, quam ut volentibus concedatis exitium. aegrotantes contraria delectant, et cum corpus hominis adversa valetudo possederit, contra salutem suam a laborantibus perversa poscuntur. [...] tunc si malum morbi fortius creverit, maiora remedia quaeruntur, et pro salute hominis sollicita fortius se medicina componit. asperi cibi, amari potus nolentibus ingerentur, et si convaluerit malum, et ignis adhibetur et ferrum. sic homo, recepta sanitate et salute sibi reddita, quicquid aegrotantis corporis vitio invitus passus est, hoc totum pro utilitate sua factum esse constantis animis iudicio confitetur ...

La coercizione statale in materia religiosa viene quindi vista come un provvedimento che, se pur contrario alle scelte in particolare dei pagani (ma il discorso varrebbe, ovviamente, anche per eretici, scismatici, ebrei, apostati e manichei), appare in ogni caso una grazia benevolmente accordata dagli imperatori alla follia autolesionistica della eterodossia religiosa: essi *'nolunt ... et repugnant, et exitium suum prona cupiditate desiderant'*, ma egualmente la grazia e la bontà dell'imperatore deve accorrere in loro aiuto (*'subvenite miseris, liberate pereuntes'*), conformemente alla missione a lui affidata da Dio (*'ad hoc vobis deus summus commisit imperium'*): la liberazione dal male anche contro la volontà del soggetto (*'melius est ut liberetis invitos, quam ut volentibus concedatis exitium'*) è dunque un bene per lo stesso sog-

getto che è sottoposto a tali misure coercitive, dato che in tal modo si sceglie per lui un bene che soltanto l'offuscamento della sua mente gli impedisce di volere lui stesso (*'hoc totum pro utilitate sua factum esse'*). Per tal verso, appare significativo il parallelo tracciato dal testo tra le rispettive posizioni dell'imperatore e del suddito pagano, parallelo che non viene individuato, come pur sarebbe stato possibile, nel rapporto che lega padre e figlio ovvero l'insegnante e il discepolo, bensì, alquanto più significativamente, nel rapporto che intercorre tra il medico e il paziente, dove il sapere tecnico del primo e l'impossibilità di scelte coscienti da parte del secondo rende ancora più evidente l'inevitabile sudditanza di quest'ultimo di fronte alle scelte operate autoritativamente dall'altro: la coercizione religiosa, con paradosso soltanto apparente, viene così giustificata nel suo prevaricare sulla libertà del suddito grazie a tale parallelo tra il non ortodosso e il malato, visto tra l'altro, in una dimensione di delirio, come persona la cui lucidità è offuscata dalla malattia, per cui desidera come un bene ed un sollievo al dolore ciò che in realtà è per lui soltanto un male (*'aegrotantes contraria delectant, et cum corpus hominis adversa valetudo possederit, contra salutem suam a laborantibus perversa poscuntur'*), per cui al fine di salvarlo è inevitabile costringerlo ad assumere a forza cibi sgradevoli e pozioni disgustose (*'... asperi cibi, amari potus nolentibus ingerentur ...'*) e nei casi più gravi è necessario persino ricorrere al ferro e al fuoco, ossia a cauterizzazioni e ad operazioni chirurgiche (*'et ignis adhibetur et ferrum'*).

Il parallelo tra il non ortodosso e il malato delirante ed incapace di provvedere a se stesso non è per nulla isolato nella letteratura, patristica nonché normativa, relativa alla devianza religiosa, che nella visione cristiana antica viene in linea di massima spiegata come una follia colpevole ed una sorta di possessione diabolica che – di per sé colpevole in quanto conseguente al peccato, che appunto apre la via all'azione demoniaca – impedisce al soggetto di scorgere l'intrinseca verità della fede cristiana e quindi di ravvedersi, come invece farebbe senz'altro se fosse nel pieno delle sue facoltà mentali: per cui tale inestirpabile *pernicacia* dell'*error* religioso rende inevitabile la soluzione della coercizione in materia di fede, secondo costruzioni che, pur nelle differenze dei rispettivi contesti, accomuna le teorizzazioni dei padri della Chiesa (sarà in particolare sant'Agostino, specie nella sua ultima produzione, a sostenere la legittimità di una conversione *'ex necessitate'*) e la normazione degli imperatori cristiani (per limitarsi all'indicatività di un solo esempio, in C.Th. 16.5.63, del 425 d.C., Teodosio II e Valentiniano III affermano esplicitamente la inevitabile necessità che gli eretici, se non rievano a ravvedersi da soli, siano ricondotti sulla retta via attraverso il diretto timore della pena: *'... ut ab errore perfidiae, si ratione retrahi nequeunt, saltem terrore revocetur ...'*). D'altra parte, è noto come tale parallelo tra il nesso che intercorre tra autorità e individuo soggetto al rapporto punitivo ed il rapporto che collega medico e paziente troverà sviluppi costruttivi soprattutto, anche se non solo, nel diritto canonico, dove la funzione salvifica e psicagogica della Chiesa rispetto agli uomini ed alla loro sorte ultraterrena porterà a distinguere dogmaticamente le pene appunto in «vendicative» (consistenti nella privazione di un bene, materiale o spirituale, volta a punire il reo) e «medicinali», dove il fine è invece soltanto quello di ricondurre sulla retta via chi se ne sia discostato e non si emendi spontaneamente da tale errore, e che quindi si applicano solo in quanto e fintantoché egli permanga in tale condizione di peccato, decadendo in linea di massima automaticamente una volta che il loro fine emendativo sia stato raggiunto con il ravvedimento del soggetto (e sembra qui inevitabile che debbano tornare in mente le tesi sostenute da Michel Foucault in *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, secondo cui la moderna carcerazione del reo, pur certo meno crudele delle efferate pene precedentemente in uso, nel tentare il recupero del delinquente finirebbe in qualche modo per imprigionarne altresì l'anima, imponendogli un pentimento e un riscatto interiore in sintonia con la visione dell'ordinamento e – proprio in vista di tale sua «medicinalità» emendativa – una rinuncia alla sua personalità che per tal verso potrebbe essere considerata persino peggiore della «vendetta» statutale cui si limitavano altre e più rozze punizioni; per converso, sul versante del parallelo tra il reo e l'ammalato incapace di prendere decisioni autonome, tale paragone non è ovviamente da intendere in senso soltanto pietistico, dato che il nesso posto dalla visione cristiana tra peccato, possessione diabolica e follia conduce sino alle soglie dell'età moderna ad una cura della malattia psichica non ben distinta dall'esorcismo del demone che la provoca, ed anche in epoche più recenti la

terapia psichica rimane a lungo legata a pratiche mediche sovente ai nostri occhi alquanto crudeli: cosicché, se non è forse soltanto un caso il fatto che, tecnicamente, venga indicato per lungo tempo come «paziente» non soltanto l'ammalato ma altresì l'imputato sottoposto a tortura, neppure la contiguità concettuale e non solo terminologica tra terapia medica e pena medicinale deve apparire in tale falsariga fenomeno soverchiamente strano).

L'affermazione di Teofilo secondo cui l'imperatore non impedisce al proprietario di comandare i suoi servi, ma semplicemente impartisce beneficii ai suoi sudditi anche quando essi non lo desiderino («... *neque est cur indignetur dominus quasi non ei liceat suis servis imperare: princeps enim vel invitos subditos suos beneficio adficit* ...»), non si ricollega semplicemente al motivo utilitaristico per cui il servo maltrattato tende a fuggire o addirittura a suicidarsi, cagionando così al *dominus* imprevedente un danno economico maggiore, ma nel contesto della cultura e della letteratura giuridica dell'epoca sembra dunque immediatamente partecipare ad una visione provvidenzialistica in cui la generosa benevolenza imperiale corregge paternalmente i sottoposti che sbagliano, indirizzando la loro libertà al bene e convincendoli, quand'anche non vogliano, a seguire la retta via.

Del resto la dottrina moderna ha messo in luce come le coordinate generali del pensiero politico dell'autore della *Paraphrasis* si situino in un contesto filosofico-giuridico in cui idee occidentali razionalizzanti (quale il fondamento del diritto incardinato alla volontà umana e al consenso dei consociati), idee cristiane provvidenzialistiche (legittimazione divina del potere imperiale) ed idee orientali assolutistiche (onnipotenza e divinizzazione dell'imperatore, visto come legislatore unico e assoluto) si uniscono in una compiuta e solida costruzione, in cui il contributo specifico ed originale di Teofilo sembra essenzialmente essere stato quello di giustapporre a tale costruzione un ulteriore fondamento storico, che concorre a sua volta a giustificare l'assolutezza del potere imperiale altresì attraverso l'esperienza legislativa popolare conosciuta dall'antica Roma, che porta a rifiutare la praticabilità di tale metodo in vista dei contrasti politici e delle concrete difficoltà applicative che lo caratterizzarono, giungendo così a privilegiare come migliore e più razionale la soluzione di delegare ogni potere al principe. In tale prospettiva, anzi, proprio il fatto che il potere dell'imperatore sia assoluto porta Teofilo a sostenere che esso non può che essere al di sopra di ogni sospetto e venire esercitato in maniera giusta ed incorruttibile: avendo il potere nella sua pienezza, egli non può per definizione compiere abusi, poiché egli non può operare scelte connesse ad una volontà particolare dovuta ad umane passioni, ma solo in vista dell'interesse generale con cui la sua posizione immediatamente coincide, venendo di per sé meno ogni ragione di abuso appunto in connessione all'assolutezza del suo potere e, con essa, ogni necessità di controllo del suo operato; l'imperatore, quindi, in tale catena acervica di sillogismi assolutistici, esprime la volontà dell'intero popolo, che gli ha conferito una delega irrevocabile ed esclusiva, e le sue costituzioni sono quindi nient'altro che l'espressione della volontà di coloro che devono essi stessi ubbidire a tale leggi: per tal verso, anzi, si assiste ad una sorta di paradossale costruzione geometrica del rapporto tra monarca e suddito in base alla quale, esprimendo il popolo la sua volontà attraverso l'imperatore cui ha delegato il potere legislativo, ecco che la volontà del popolo coincide con quella dell'imperatore, e se il popolo volesse resistere alle costituzioni dell'imperatore contraddirebbe inevitabilmente se stesso, dato che tali leggi non sono altro che l'espressione della stessa volontà del popolo.

La posizione dell'imperatore, rappresentante in terra di quell'ordine provvidenziale divino che legittima intrinsecamente il suo potere, non può quindi che essere il supremo moderatore del diritto e padre e buon pastore di tutto il popolo (si ricordi come tra l'altro la *Paraphrasis* tenda a mettere sullo stesso piano, di fronte all'incommensurabile posizione dell'imperatore, gli interessi tanto del *dominus* che del *servus*, dei quali egli si prende cura allo stesso modo nei supremi equilibri dell'Impero): non sembra quindi dover stupire il fatto che l'imperatore possa per tal verso indirizzare l'autonomia privata (sempre intesa in senso ampio) verso i fini che le sono propri nell'armonica vita dello Stato, così da tradurre i benevoli insegnamenti impartiti ai sudditi, pur nel caso riottosi a seguirli, in vere e proprie norme che limitano la libertà individuale anche in quelle sue esplicazioni di diritto privato che vadano contro agli interessi generali di cui l'imperatore è portatore.

Per tal verso, l'affermazione a prima vista trascurabile nella sua apparente retorica secondo cui la generosa benignità imperiale reca beneficii ed utili insegnamenti ai cittadini anche quanto essi siano tetragoni a seguirli (ὁ γὰρ βασιλεὺς καὶ ἄκοντας τοὺς ὑπεκόους εὐεργετῆι) risulta così trovare il suo sostanziale significato in una scaltrita teorizzazione del potere imperiale ove la superiore saggezza del monarca si identifica con i supremi interessi dello Stato, e dove quindi la *publica utilitas* di cui il legislatore è interprete prevale inesorabilmente non solo sulla *privata utilitas*, ma sugli stessi principii del sistema del diritto privato e sullo stesso più lato concetto di «autonomia privata», i cui fondamenti vengono così, in quanto tali, subordinati al prevalente interesse generale rispetto ai quali tale «autonomia» diviene per tal verso niente altro che un mezzo per il raggiungimento del bene comune.

In questa prospettiva, appare tra l'altro notevole la visuale che avranno i glossatori delle implicazioni sottese alla frase '*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*' che nelle *Institutiones* giustiniane ha preso il posto della massima gaiana secondo cui '*male enim nostro iure uti non debemus*': Accursio, annotando il paragrafo 1.8.2 (gl. '*male utatur*'), commenta infatti «quia interest principis habere sub se locupletes subiectos», spogliando così l'affermazione giustiniana di ogni parvenza moralistica e della benevolenza che poteva avere in riferimento allo schiavo maltrattato, per percepirla più esattamente nella sua valenza generale, ossia in relazione ad ogni tipo di proprietà ('*res sua*') e quindi all'interesse innanzitutto economico dello Stato verso una proficua gestione dei beni privati. E infatti risulta per tal verso definitivamente illuminante il riferimento di Accursio a *Nov. 8 praef. 1*, ove la necessità che i funzionari provinciali gestiscano l'amministrazione in maniera corretta – ossia *puris manibus*: καθαροῖς ... ταῖς χερσὶ – e che quindi i sudditi (ὑπεκόοι) ricevano da tale situazione un indubbio beneficio, qui visto innanzitutto nella sua dimensione economica, viene posta in immediata relazione con i vantaggi che ne trarrà il fisco imperiale avendo in tal modo a disposizione cittadini più ricchi da tassare.

Si tratta della nota costituzione del 535 con cui Giustiniano vuole colpire il fenomeno della cosiddetta venalità delle cariche, ossia dell'attribuzione delle funzioni pubbliche dietro pagamento di un compenso (*suffragium*), fenomeno cui conseguivano inevitabilmente altresì procedure di rivalsa economiche da parte dei nuovi funzionari che, per rifarsi di quanto speso per entrare nella carica (somme spesso ottenute indebitandosi), ricorrevano a remunerazioni di servizio (*sportulae*) non dovute ma egualmente imposte ai cittadini, secondo un sistema di tassazione illegale e parallela cui si attribuiva in particolare le difficoltà di provvedere al pagamento dei tributi (fenomeno che già aveva preoccupato Giovanni di Cappadocia e la sua politica volta ad assicurare alle casse dello Stato un congruo e costante flusso di entrate). Com'è noto, Giustiniano vieterà tale sistema di attribuzione degli uffizi provvedendo ad alcune ampie riforme del sistema burocratico periferico ed imponendo in particolare ai funzionari un sacro giuramento sui quattro evangelii con cui essi invocavano su di sé i peggiori castighi ultraterreni qualora avessero ottenuto la carica dietro corrispettivo (peraltro è noto come la *Storia Segreta* di Procopio – 2.9-19 – accusi l'imperatore, e pare con un certo fondamento, di aver ripreso lui stesso, neppure un anno dopo, a far commercio delle cariche)

Anche qui è sufficiente riportare il testo latino dell'*Authenticum* :

... cum subditi nostri magnum incrementum accepturi sint, si indemnes a magistratibus serventur, et imperium et fiscum prospera fortuna usurum propter divitum subditorum copiam, atque uno hoc ordine introducto multam et incredibilem rerum ubertatem esse futuram.

D'altra parte, il collegamento scorto da Accursio tra tale passo e la frase in esame delle *Institutiones* giustiniane, se risulta di per sé suggerito dal nesso tra l'ordinato svolgimento della vita dell'impero ed un interesse comune che viene percepito come innanzitutto di ordine fiscale, viene altresì puntualmente suffragato – per quanto riguarda l'identificazione dell'interesse dello Stato con il vantaggio derivante ai sudditi da un'accorta amministrazione dei loro beni – dalle affermazioni generali con cui si apre la *Novella 8*, in cui l'imperatore descrive la propria continua cura nell'assicurare ai sudditi le migliori condizioni di vita possibili, vegliando notte e giorno per liberarli di ogni preoccupazione, in una visione provvidenziale del potere autocratico del monarca che è l'intrinseca giustificazione

cazione della sua sovraordinazione ai comuni mortali:

Omnes nos dies noctesque cum multis vigiliis et curis solemus transigere, perpetuo deliberantes, quomodo utile quid et quod deo placeat in subditos a nobis conferatur. neque subsiciva opera vigiliis ducimus, sed eiusmodi consiliis eas impendimus, et toto die id agentes et noctibus aequae ac dies utentes, ut subditi nostri bona condicione fruuntur ab omni cura liberati, nobis in nosmet ipsos cura pro omnibus recipientibus. omnes enim investigationem et inquisitionem diligentem adhibuimus, illa agere studentes, quae utilitatem subditis nostris allatura omni eos onere damno extrinsecus illato libenter praeter publicum censum et iustum atque legitimum tributum.

In tale prospettiva, in cui l'utilità comune – che risulta identificarsi innanzitutto con il fisco – tende a coincidere perfettamente con il bene del singolo, e dove si affida all'Imperatore e allo Stato la tranquillità del suddito, deprivando però quest'ultimo di ogni reale responsabilità individuale e facendone una sorta di soggetto sotto tutela, Accursio risulta dunque trovare il più immediato e puntuale referente dell'affermazione di *Iust. inst.* 1.8.2, secondo cui '*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*', non a caso in una norma avente fini innanzitutto amministrativi e fiscali, liberandola così dal più specifico contesto, relativo allo schiavo vessato, in cui era in origine collocata, ed intendendola correttamente nella sua valenza generale in ordine all'uso conforme all'interesse collettivo che deve guidare l'autonomia privata nel valersi dei beni che le sono attribuiti in proprietà. Nella prospettiva del diritto comune, così, giunge ad esplicito compimento la prospettiva giustiniana di un interesse collettivo e quindi statutale, sovraordinato a quello dei singoli, in ordine ad un oculato impiego produttivo della proprietà privata.

Tuttavia, commentando tale affermazione, il glossatore osserva anche come questo principio non sia poi così univoco nell'ambito della Compilazione, e in tal senso richiama («argumentum contra») D. 24.3.18.1 (Pomp. 16 *ad Sab.*), in cui si afferma che il marito, nella gestione dei beni dotali, risponde solo per dolo e non per colpa, poiché '*in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda*', mentre anche Cuiacio – *Notae et scholia in librum I Institutionum Iustiniani* – a proposito del § 2 del *caput VIII*, alle parole '*male utatur*', osserva parimenti «et licet tamen abuti re sua», rinviando, in maniera relativamente più puntuale, a D. 5.3.25.11 (Ulp. 15 *ad ed.*):

Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adfiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quemcumque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt perdidierunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. plane si ἀντίδορα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Per la verità, come è stato osservato, anche il riferimento a tale passo ulpiano non appare soverchiamente pertinente, dato che qui '*abuti*' significa propriamente «consumare» e non «abusare» o «distruggere»: tuttavia, nella prospettiva del diritto comune, simili affermazioni delle fonti romane acquistano un significato diverso da quello originario, ed anzi divengono fondamentali nell'ambito dei tentativi di definire il concetto di «proprietà».

Com'è noto, infatti, le fonti romane non offrono una esplicita nozione del '*dominium*', che i giuristi non fornivano conformemente alle loro prospettive casistiche e ai criteri costruttivi che li guidavano, non comparando anzi concettualizzazioni di questo tipo neppure in opere sistematiche come in primo luogo le *Institutiones* gaiane, mentre d'altra parte una compiuta definizione di tale istituto diveniva invece essenziale alle esigenze riordinatrici proprie della mentalità dogmatica dell'età intermedia. Dovendo così provvedere essi stessi ad elaborarla, i giuristi medioevali cercano di rimanere quanto più possibile aderenti alle fonti romane, individuando alcune affermazioni che, pur riguardando altri istituti, potevano egualmente venire riferite con relativa coerenza costruttiva alla nozione di «proprietà».

Così si definisce sovente il *dominus* come '*suae rei moderator et arbiter*', seguendo una endiadi che

si trova in una costituzione di Costantino (C.Th. 4.35.21) anche se tuttavia in riferimento al mandante e non certo al proprietario, ovvero si riferisce a quest'ultimo – secondo una soluzione che conoscerà ben altrà fortuna nel diritto moderno – la nota quanto problematica definizione che Florentino (9 *inst.*) dà della *libertas* intendendola come ‘*naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*’ (D. 1.5.4.pr.), riferendo tali e quali queste parole al *dominium* e sostituendo semplicemente ‘*libertas*’ con ‘*proprietas*’: infine, in una soluzione ancora più nota, si parte dalla nozione dello *ius utendi fruendi*, che descrive in tale prospettiva i complessivi poteri di godimento della cosa spettanti altresì al *dominus* (per Piacentino tale locuzione designerebbe il cd. *dominium plenum*), per giustapporre a tale eniadi appunto lo *ius abutendi*, che della proprietà descriverebbe per tal verso l’aspetto più saliente dei poteri del proprietario (Giason del Maino sarà il primo ad includere nell’*arbitrium*, in base al quale il proprietario era *moderator* della cosa sua, tale ulteriore *ius*).

Secondo queste falsarighe costruttive, che tendono ad insistere, piuttosto che sulla rivendicabilità *erga omnes* su cui si imperniava la visione dei *prudentes* romani, sulla facoltà sostanziale di disposizione in ordine alla cosa, che diviene così l’aspetto saliente del *dominium*, Azzone potrà dunque descrivere icasticamente il proprietario come colui che può fare della cosa ‘*quidquid vellet*’, mentre Accursio lo definisce come ‘*arbiter et dispositor*’ della *res*, e a sua volta Baldo degli Ubaldi insisterà sulla *alienandi potestas* che caratterizza il titolare: una prospettiva, quest’ultima, che – in un contesto ove l’insistere sulla cosa di diritti di appartenenza di vario genere (compendiati nella dicotomia tra *dominium* utile e *dominium* diretto, ma in realtà tali da travalicare tale semplificazione riordinante) che finivano con il rendere non poco difficoltosa l’effettiva possibilità di alienare *tout court* la cosa – doveva in effetti risultare alquanto meno scontata di quanto potrebbe oggi sembrare (viene tra l’altro in mente quella che è forse la più antica definizione della nozione di proprietà – o meglio dell’appartenenza, dato che un concetto tecnico di tale istituto era ancora tutto da venire –, ossia quella notazione di un anonimo scriba egiziano di migliaia di anni fa secondo cui «padrone» è colui che «può donare la cosa a chi vuole» – da cui dopotutto non è poi troppo lontano il tentativo definitorio di Azzone –: anche qui una definizione solo apparentemente rozza, dato che in realtà, in un contesto ove la proprietà formale del re e il dominio del signore feudale si sovrapponevano alle limitate facoltà di disposizione del soggetto che deteneva la terra, la coltivava e poteva nel caso trasmetterla ai suoi figli, la libertà di donare la cosa a chi si voglia sintetizzava in maniera alquanto efficace una pienezza del diritto che nella vita quotidiana doveva essere piuttosto difficile riscontrare).

In ogni caso, se queste definizioni insistevano sulla libertà di disposizione del proprietario che poteva naturalmente giungere all’*abuti* della *res*, e quindi ad una sua distruzione che ne negava ogni funzione economico-sociale e in qualche modo finiva col sottrarla ad ogni dimensione propriamente giuridica, i successivi sviluppi dottrinali porteranno a circoscrivere in maniera più attenta lo *ius abutendi* giustapposto allo *ius utendi fruendi*, escludendone specificamente, come avviene in particolare nelle teorizzazioni di Johann Gottlieb Heinecke, il diritto di distruggere senz’altro la cosa (tra l’altro, non è da dimenticare che, in una visuale cristiana, san Tommaso d’Aquino, sulla falsariga della distinzione glossatoria tra *dominium utile* e dominio diretto, parlava di un ‘*dominium principale*’ spettante a Dio, di fronte al quale all’uomo non sarebbe rimasto che un dominio secondario in sintonia con l’utilità comune e la fratellanza umana): una prospettiva che dunque – se muoveva dalle prospettive postclassiche circa le esigenze della *publica utilitas* fatte proprie da Giustiniano, ed in particolare sintetizzabili nelle parole ‘*expedit enim rei publicae, ne quis re sua male utatur*’ di *inst.* 1.8.2 – trovava d’altra parte la propria conferma nella parallela e complementare nozione di «proprietà» mutuata dalla definizione di ‘*libertas*’ risalente a Florentino, che con le parole ‘*nisi si quid ... iure prohibetur*’ lasciava in ogni caso aperta un’agevole possibilità di controllo, da parte dell’ordinamento, delle facoltà implicate tanto dalla *libertas* in generale quanto dalla autonomia del *dominus* nella gestione della cosa.

In tale alveo costruttivo, si arriva a quella formulazione avanzata da Bartolo da Sassoferrato e perfezionata dal Cuiacio, secondo cui «*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi nisi quid lex prohibeat*», che com’è noto – lasciando qui da parte le parallele teorizzazioni che porteranno poi altra

parte della dottrina ad insistere piuttosto sulla facoltà di esclusione che spetta al titolare della cosa nei confronti di ogni altro soggetto – condurrà all'articolo 544 del Codice Napoleonico, secondo cui «la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements»: definizione che, come è stato osservato, poggia nella sua formulazione su di un'intima ma estrema contraddizione, in cui l'enfatica iperbole con cui si descrive la libertà del *dominus* di usare fruire e disporre della cosa come alcunché di assoluto risulta in realtà difficilmente conciliabile con i limiti posti non solo dalle leggi ma altresì dai regolamenti, e soprattutto con lo stesso metodo di dichiarare prima illimitate le facoltà del proprietario per descriverle invece subito dopo attraverso un'elencazione che, sia pure non di principio tassativa, li limita in ogni caso ad un «jouir» e a un «disposer» che, oltre a umiliare in un'esemplificazione di aspetti particolari l'assolutezza e la pienezza di tale diritto, già ad una prima lettura lasciano in ogni caso ben poco spazio ad un '*abuti*' inteso in tutta la latezza delle implicazioni di tale termine. D'altra parte, pur in tale problematicità di fondo, la definizione della proprietà contenuta nel Codice Napoleonico avrà com'è noto una diretta e generalizzata influenza su tutti i codici degli Stati preunitari italiani, giungendo in una traduzione inalterata all'articolo 436 del Codice Civile del 1865, secondo cui «la proprietà è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti»: mentre per altro verso è da notare che anche codificazioni che preferiscono seguire altre e un po' diverse formulazioni – come ad esempio il Codice Civile Generale Austriaco del 1811, che all'articolo 354 definisce la proprietà come «la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili d'una cosa» – non lasciavano in ogni caso più ampio spazio allo *ius abutendi*, limitando in tale prospettiva il diritto del *dominus* all'uso normale della cosa, in linea di massima intesa come *res* da sfruttare nella sua produttività economica e quindi nei limiti della sua normale utilità e destinazione in quel contesto socio-giuridico (la stessa scelta di indicare le facoltà del *dominus* nell'uso della cosa, del resto, appare innanzitutto nient'altro che un corollario della scelta di negare implicitamente – prospettiva che non avrebbe evidentemente bisogno di alcuna esemplificazione – che egli possa fare della *res* ciò che vuole, come diceva Azzone). Del resto, la stessa dottrina francese non avrà in seguito difficoltà a riconoscere l'errore congenito nella stessa scelta di aver voluto dare una compiuta definizione normativa dell'istituto, arrogandosi tra l'altro un compito che in ogni caso sarebbe spettato più duttilmente all'interprete piuttosto che al legislatore e alla definitività della norma codicistica.

Sono ormai pressoché scomparse le prospettive che, in un ritorno ai canoni romanistici, avevano segnato le scaturigini della nuova concezione moderna ed individualistica della proprietà, che nei suoi prodromi filosofici muoveva dalle teorizzazioni in particolare legate a John Locke e che in una prospettiva giuridica si era tradotta in un *dominium* percepito, nella sua ritrovata semplicità ed astrattezza, come archetipo di ogni diritto soggettivo, in una tendenziale identificazione ideologica tra proprietà e libertà viste come capisaldi della posizione dell'individuo nell'ambito della organizzazione statale (prospettiva che rimane ferma ancora oggi nella costituzione americana), il cui la proprietà è appunto un diritto da considerare come un *præius* spettante all'individuo che l'ordinamento non può che riconoscere (lo stesso Robespierre, in un discorso del 24 aprile 1793, aveva difeso la prospettiva romanistica di tale istituto, visto come libertà di disporre e di godere dei beni che gli spettano, in una falsariga che considera la proprietà nei termini nella destinazione esclusiva di una certa ricchezza ai bisogni dell'individuo, e come tale riflettente una sua sfera di autonomia assoluta, concettualmente precedente ad ogni regolamentazione giuridica, che come tale si rifletteva paradigmaticamente, più ancora nella possibilità di usare e di trarre ogni utilità della *res* ad esclusione di ogni altro, nella estrema e perlopiù solo teorica facoltà di distruggere la cosa, in un'ampia valenza dello *ius abutendi* che solo ed unico, nella sua absurdità da un punto di vista economico-utilitaristico, può riflettere fino in fondo l'esclusività della spettanza del bene all'individuo e la libertà che nella gestione di esso gli compete anche e soprattutto contro il facile buon senso dei fini di utilità comune e di socialità incarnati dallo Stato).

Tutto ciò è in effetti ormai molto lontano, e si arriva così – limitandosi ovviamente qui ad alcune generalissime notazioni – all'articolo 42 della Costituzione repubblicana oggi vigente in Italia, che inserisce la proprietà nei rapporti cosiddetti economici per riconoscerla e garantirla in una prospettiva statualistica, preoccupandosi soprattutto di fare riferimento ai limiti che la legge pone per assicurarne la funzione sociale: già poco prima, del resto, l'attuale Codice Civile, riformulava la vecchia definizione della proprietà nell'articolo 832 («*Contenuto del diritto*»), secondo il quale «il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico», muovendo quindi verso una non troppo lenta erosione della stessa unitarietà dell'istituto e ponendosi per vari versi in una prospettiva di «relativizzazione» e di «socializzazione» della proprietà che ne attenua sempre più i caratteri di assolutezza e di esclusività, per considerarla frammentariamente nelle sue varie esplicazioni e nei suoi vari usi economici, secondo in una visuale in cui essa è per lo più percepita non tanto nella sua intrinseca dimensione di cosa spettante ad un soggetto, ma nella valenza dinamica di bene effettivamente utilizzato per produrre ricchezza a vantaggio non solo del singolo ma dell'intera collettività (e del resto, se fosse stato inteso in tutto il suo potenziale portato sistematico-costruttivo – verosimilmente da collegare anche al suo originario contesto politico-legislativo, com'è noto per certi versi alquanto proclive a visuali socializzanti di tipo «corporativo» – ancora molto più deflagrante avrebbe potuto essere il significato della parte finale dell'articolo 832, che non parla più, come il precedente codice, di usi vietati dalle leggi e dai regolamenti, bensì prescrive la «osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico», in una formulazione, cioè, che parlando di «obblighi» – termine di per sé sorprendentemente stridente se usato in relazione allo *ius in re* per antonomasia – risulterebbe enfatizzare in maniera positiva, e non più soltanto negativa, le pretese che il cosiddetto bene comune avanza sempre più invasivamente sull'utilizzazione della *res* da parte del proprietario e sui cardini privatistici su cui tali facoltà sono state sinora da sempre imperniate nell'architettura complessiva del diritto: ma tutto ciò, ovviamente, porterebbe troppo lontano).

D'altra parte, come si sottolinea soprattutto in relazione al mondo germanico, se da un lato il legislatore tende sovente ad enfatizzare tali prospettive sociali, la dottrina – e sovente anche la stessa giurisprudenza altresì costituzionale – tende a definire e a concepire dogmaticamente l'idea di «proprietà» in una prospettiva verticale che guarda ai rapporti tra il singolo e lo Stato, senza lasciare per tal verso troppo spazio ad una visione orizzontale che connetta fino in fondo tale diritto agli altri consociati e all'utilità pubblica incarnata dallo Stato: ma se tale atteggiamento conservatore preserva nel singolo contesto la concezione tradizionale del diritto di proprietà, nella tendenza di lungo periodo espressa programmaticamente dalle definizioni legislative di esso ed altresì concretizzantesi nell'organizzazione socio-economico dello Stato è senza dubbio tale visuale «orizzontale» ad affermarsi sempre più sensibilmente. Come è stato osservato, in una prospettiva politica ogni rivoluzione sociale tende inevitabilmente a tradursi in una vicenda della proprietà, attorno alla cui concezione si realizza l'involuzione o la scomparsa delle vecchie classi e l'avvento delle nuove.

Nell'alternativa tra una libertà intesa illuministicamente come indipendenza assoluta dell'individuo nei confronti dell'ordinamento, e quindi tale da essere considerata un *prius* rispetto a quest'ultimo, ed una libertà percepita come un diritto garantito dallo Stato che, pur in tutti i limiti costituzionali posti a tutela di essa, ne diviene sempre in ultima analisi il supremo arbitro, l'estrema estrinsecazione dello *ius abutendi* consistente nella distruzione della *res* appare quindi divenire per vari versi una sorta di inesorabile cartina tornasole delle modalità effettive in cui vengono concepiti i diritti di libertà dell'individuo, quasi in un'alternativa tra il commisurare la pienezza di un diritto per vari versi archetipico come quello del *dominium* alla libertà stessa dell'individuo ovvero ad una nozione di lata «autonomia privata» che consisterebbe appunto nella facoltà dei privati, riconosciuta dallo Stato, di regolare nel modo migliore i propri interessi: in sintonia, dunque, con i limiti a ciò posti dall'ordinamento per la realizzazione di un superiore fine comune. E va da sé che il primo momento di tale processo, da un punto di vista concettuale se non altresì storico, è in linea di massima rintracciabile nella plausibile e naturale necessità di limitare gli abusi delle facoltà del propieta-

rio che appaiano inaccettabili innanzitutto al buon senso comune (non a caso Gaio, a proposito degli arbitri del *dominus* nella correzione dello schiavo, richiamava appunto la fattispecie del *prodigus*, già prevista dalle XII Tavole): in effetti, se riconoscere da un punto di vista generale l'assoluta libertà del proprietario nel valersi della cosa può di per sé corrispondere ad una prospettiva liberale di tutela dei diritti dell'individuo di fronte allo Stato, molto più difficile è poi applicare fino in fondo tale principio accettando come inevitabili espressioni di tale libertà le sue esplicitazioni più odiosamente negative. Del resto, la distruzione volontaria della ricchezza è problema che interessa soltanto marginalmente, e più che altro da un punto di vista teorico-costruttivo, il giurista, ed in effetti i referenti che si possono invocare a tale proposito appaiono di tipo soprattutto letterario: così, ad esempio, nell'*Adolescente* (I.3) di Dostoevskij, il protagonista ricorda «... io avevo un compagno, un certo Lambert, il quale mi diceva, a soli sedici anni, che quando sarebbe diventato ricco, il suo più grande godimento sarebbe stato dare pane e carne ai cani, lasciando i bambini poveri morire di fame; e, se questi non avessero avuto di che scaldarsi, egli avrebbe comprato un intero deposito di legna e l'avrebbe bruciata in mezzo ai campi senza dare nemmeno un ceppo ai poveri ...», dando un esempio tragicamente estremo di quello che può significare il coerente riconoscimento della libertà individuale (d'altra parte è da notare che, se qui il sedicenne Lambert è visto in termini ovviamente negativi, in Dostoevskij la distruzione gratuita della ricchezza può non a caso altresì assumere connotati di altro genere, come esemplarmente avviene nella scena dell'*Idiota* – I.16 – in cui Natasja Filippovna getta nel fuoco i centomila rubli avuti da Rogožin).

Resta, infine, una precisazione forse non del tutto inutile da giustapporre a queste estemporanee note sull'abuso del diritto e sulla distruzione della cosa propria nella storia del pensiero giuridico. Quando si legge che Gaio, trattando dello schiavo maltrattato, parlerebbe secondo taluno della forma di tutela introdotta da Antonino Pio più o meno in termini di un principio di *ius gentium*, tale interpretazione moderna potrebbe senza troppi problemi collegarsi alla nota visione dell'autore delle *Institutiones*, secondo cui la *ratio* di ogni istituto tende ad essere rinvenuta o in un specifico motivo storico o in una sorta di *naturalis ratio* che – nel quadro storico-culturale cui il giurista apparteneva – presiederebbe alle singole soluzioni giuridiche. Lascia invece un po' più perplessi il fatto che sovente, leggendo le attuali trattazioni in ordine ai problemi relativi all'abuso del diritto o in genere ai limiti che circoscrivono lo *ius abutendi* del *dominus* nelle sue estrinsecazioni più estreme quali il volontario *interitus rei*, ci si trovi di fronte ad una implicita visuale che tende a ritenere immediatamente autoevidente che la distruzione della cosa sia di per sé alcunché di repugnante alla coscienza morale *tout court* e quindi alla stessa costruzione giuridica del diritto di proprietà. Questo può essere vero per la cultura europea: e non ci si vuole certo qui opporre per qualsivoglia ragione di principio a tale tendenza a fare di essa la pietra di paragone di ciò che è degno di considerazione da parte dell'ordinamento giuridico in quanto tale. Tuttavia, se ci si pone da un punto di vista più ampio e si cerca di arrivare ad una considerazione più completa delle consuetudini umane, la situazione è molto diversa, e non mancano notevoli esempi di società in cui la distruzione dei beni possa essere evento del tutto normale ed anzi inserirsi positivamente in un sistema di valori pienamente condiviso dai consociati. Certo, si tratta di società cosiddette tradizionali, in quanto non pervenute all'uso della scrittura, o meglio di comunità che al di là di ogni remora *politically correct* potrebbero più chiaramente venire definite, come si faceva una volta, semplicemente «primitive». Tuttavia, al di là di tale evidente provvisorietà di costumi legate a contingenti situazioni di arretratezza dello sviluppo, il fatto che in alcune culture la intenzionale distruzione delle ricchezze abbia rappresentato una precisa forma di rapporto e di autoaffermazione sociale, può in ogni caso contribuire a relativizzare convinzioni altrimenti aproblematiche, e a far così considerare in una luce nuova posizioni che potrebbero essere percepite in maniera troppo scontata per venire adeguatamente valutate in tutto il loro peculiare significato.

In effetti, presso non poche popolazioni di tale tipo si assiste a forme di quel fenomeno consistente nel cosiddetto «consumo vistoso», in cui appunto beni di vario tipo vengono volontariamente distrutti al solo scopo di ribadire ed enfatizzare in tal modo la ricchezza e l'importanza sociale di

soggetti particolarmente in vista che competono per la conquista di una posizione di prestigio e per così dire di «leadership» all'interno della comunità. Un primo esempio in tale direzione viene fornito dalle usanze degli abitanti delle isole Trobriand (i cui costumi vennero studiati da Bronislaw Malinowski in un saggio del 1912 – *Argonauts of the Western Pacific* – che segnò tra l'altro il sorgere della cosiddetta antropologia sociale moderna): gli abitanti di tali arcipelago corallino – che si estende ad est della Nuova Guinea sino alle Isole Salomone – vivevano senza problema in un relativo benessere grazie alla pesca e ai prodotti di un'agricoltura estensiva i cui prodotti, non potendo per la loro deperibilità venire risparmiati e reinvestiti in un processo di accumulazione del capitale, erano o consumati o nel loro *surplus* in parte donati ai capi e ai *leaders* locali, nonché ai parenti in linea matrilineare, secondo il sistema di parentela matrimoniale ivi in uso, in un investimento che si potrebbe dire di tipo non economico bensì di prestigio sociale: mentre poi quello che avanzava veniva semplicemente lasciato marcire quanto visibilmente più possibile davanti a tutti, in una esposizione dello spreco a carattere competitivo che elevava davanti agli occhi della comunità chi si poteva permettere un tale lusso distruttivo. D'altra parte i trobriandesi impiegavano altresì il loro *surplus* di ricchezza in una ulteriore forma di relazione sociale, ossia nel cosiddetto «*kula*», consistente in una forma di scambio di doni in cui monili fatti di conchiglie rosse detti «*soulava*» venivano donati passando da un'isola all'altra dell'arcipelago muovendosi in senso orario, mentre ad esso, negli opposti spostamenti in senso antiorario, faceva riscontro un analogo scambio gratuito a scopo di autoaffermazione sociale di ornamenti di conchiglie questa volta bianche («*mwali*»), secondo uno schema di dazione, di ricezione e di ricambio di doni accompagnato da elaborati rituali magico-religiosi che, coincidendo tra l'altro con più utilitaristici e quotidiani commerci, favoriva in una dimensione animistica la fortuna e l'abbondanza dell'economia facendo appunto circolare continuamente – nessun donatario li tratteneva per sé ma si limitava a rimmetterli nel cerchio delle donazioni dopo breve tempo – tali oggetti e con essi gli spiriti che costituiscono l'anima delle cose, e per altro verso manteneva coesi e rafforzava i rapporti tra i vari membri della comunità: si trattava di oggetti del resto perfettamente inutili anche in vista della concreta impossibilità di indossarli in vista della loro pesantezza e dimensione, la cui unica valenza era quella di rinviare a tali implicazioni sociali e religiose (la vera bellezza, diceva Théophile Gautier nella *Prefazione a Mademoiselle de Maupin*, non può consistere se non nell'inutilità, mentre tutto ciò che serve a qualcosa è di per sé brutto, in quanto espressione di un bisogno).

Ma se presso gli abitanti delle Trobriand il rito del dono inutile e lo spreco competitivo del *surplus* rimangono distinti, ed il rapporto che si crea tra i soggetti tenuti a fare, accettare e ricambiare doni può rimanere nella sua linearità una sorta di semplificazione archetipica dei prodromi sociali che condurranno al cosiddetto rapporto giuridico obbligatorio (come indagato da Marcel Mauss nel suo famoso *Essai sur le don*), presso altre popolazioni si può assistere ad una sorta di degenerazione del dono competitivo in cui si finisce con il saltare del tutto la fase dello scambio sociale per pervenire direttamente ad una sorta di cruda ostentazione ove la ricchezza, piuttosto che essere donata nell'ambito di una sfida ad un ricambio che si cerca di rendere impossibile aumentando sempre più il valore di quanto regalato, viene senz'altro distrutta nel corso di riunioni rituali appunto allo scopo di sottolineare in tal modo la potenza economica del soggetto capace di sprecare in tali occasioni stupefacenti quantità di beni senza altro scopo se non quello di autoaffermazione sociale. Il caso più peculiare di tale consuetudine è riscontrabile nel cosiddetto «*spotlach*» delle tribù indiane della costa nord-occidentale degli Stati Uniti d'America e del Canada, e in particolare del popolo *Kwakiutl*: si trattava in origine di una sorta di cerimonia organizzata a turno da un ospite che invitava membri di altri gruppi parentali o di altri villaggi, ospitandoli nel modo più generoso e colmandoli di doni secondo il loro rango, in una reciprocità competitiva in cui chi non avesse a sua volta adeguatamente ricambiato il dono ricevuto avrebbe corrispondentemente perso in prestigio sociale, mentre d'altra parte le vittorie così ottenute portavano ai soggetti più in vista titoli di rango nobiliare di cui potevano fregiarsi in una società che, per tal via, arrivava ad abolire la guerra tradizionale quale forma competitiva (i doni, oltre che in coperte, olii preziosi e talvolta canoe, consistevano in particolare

nei famosi «rami» indiani, magnifici vassoi o scudi di rame, il cui valore poteva arrivare a corrispondere, per darne un'idea approssimativa, a quello di novemila coperte di lana). Tale consuetudine, che gli antropologi direbbero «sistema a prestazioni totali di tipo agonistico», raggiunse la sua espressione più estrema nella seconda metà del XIX secolo, quando una serie di epidemie ridusse drasticamente la consistenza numerica della popolazione kwakiutl, rendendo disponibili, in quanto rimasti vacanti, una grande quantità di titoli ereditari ed in genere di posizioni di prestigio, e questo proprio quando tale popolo aveva raggiunto un notevole livello di benessere e poteva quindi permettersi di concorrere al «*potlach*» in maniera sempre più dispendiosa: la concomitanza di tali fattori finì con l'accentuare il carattere competitivo ed aggressivo di tali «guerre di proprietà», giungendo così ad una fase in cui gli oggetti preziosi non venivano più donati sfidando il beneficiario ad un sempre più difficile contraccambio, ma erano senz'altro bruciati in falò di coperte intrise di olii ovvero, come avveniva per stupendi «rami» conservati per generazioni quali tesori di famiglia, fatti a pezzi e gettati in mare, in un'orgia di distruzione che spesso non risparmiava neppure le stesse case in cui si teneva la festa, a loro volta preda del fuoco.

Se quella del «*potlach*» risulta rappresentare, nella sua ultima degenerazione, la forma più estrema del fenomeno del cosiddetto «consumo vistoso», non sembra dunque da dimenticare come d'altra parte lo spreco ritualizzato delle risorse sia certamente in non poche società primitive una forma di competizione sociale avente nel suo complesso fini positivi da un punto di vista sociale, ed agevolmente spiegabile nei suoi scopi e nelle sue estrinsecazioni nel quadro del particolare ordinamento in cui si colloca.

Né sarebbe proficuo chiedersi ancora una volta che cosa mai tutto ciò possa avere a che fare con il diritto romano strettamente inteso: basti por mente a come già nelle XII Tavole, per contrastare una tendenza allo spreco autoaffermativo in fondo non troppo incommensurabile rispetto agli esempi testé richiamati, il legislatore vietasse – probabilmente sulla falsariga di analoghi limiti conosciuti dai costumi greci e forse altresì etruschi – di piallare le legna destinate al rogo e di abbandonare con il cadavere oggetti d'oro che non fossero legature dentarie o premi vinti in guerra o nei giochi dal defunto.

Ciò che in realtà sembra rendere troppo distanti ed ininferenti rispetto agli studi giusromantici questi aspetti è, semmai, la tendenza ad una «*Isolierung*» altresì storico-ricostruttiva del diritto privato che fa ad esempio sì che, anche indagando un fenomeno per così dire «di confine», in quanto «di chiusura», quale quello del cosiddetto «abuso del diritto», ci si fermi esclusivamente a istituti e a figure sicuri e codificati nella loro tranquillizzante appartenenza a consolidate tradizioni giurisprudenziali e privatistiche, come in particolare le ipotesi della *exceptio doli* o la fattispecie degli atti emulativi, limitandosi quindi – del resto in linea con la falsariga in cui si pone la regola fondamentale in tale materia, secondo cui «*nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*» (D. 50.17.55) – ad una prospettazione intersoggettiva e privatistica del fenomeno, che non considera, neppure a livello generale di *ratio* di fondo dell'istituto, i concomitanti limiti posti all'azione dei singoli soggetti da parte del diritto pubblico e, prima ancora, dalle immediate forme di controllo sociale, che svolgono un ruolo ancora decisivo in ordinamenti ancora limitati nella loro consistenza numerica quale quello della Roma arcaica e repubblicana.

Così, quando Gaio, in *inst.* 1.53, trova un pur plausibile parallelo tra le misure che reprimono il trattamento crudele dello schiavo e l'istituto della *cura prodigi*, si tende talvolta a rifiutare la congruità di tale lata analogia costruttiva, attraverso cui il giurista tentava di giustificare da un punto di vista sistematico la *ratio* di fondo del rescritto di Antonino Pio, in primo luogo in vista del diverso piano su cui si pongono i due fenomeni – il primo di ordine generale e soggettivo, il secondo di tipo invece particolare ed oggettivo –, ma soprattutto, sembrerebbe, a ragione del fatto che l'interdizione del prodigo è sancita da una norma di diritto pubblico, mentre l'abuso del diritto è semmai un limite intrinseco allo stesso diritto soggettivo nelle sue particolari esplicazioni. Ma una simile prospettazione del problema potrebbe venire superata, e forse in maniera ermeneuticamente più feconda, se solo si considerasse come nella visuale di Gaio, cui erano estranee tali moderne questioni

di sussunzione dogmatica, doveva verosimilmente guardare direttamente, in maniera alquanto più fattuale e concreta, alla *ratio* del limite posto all'agire del *civis*, in cui prima la valutazione sociale, poi provvedimenti *lato sensu* pubblicistici ed infine la norma di diritto privato si sovrappongono in un sempre più penetrante controllo degli abusi cui la libertà del singolo può dare luogo, e che in ultima analisi sono considerati appunto in termini di «abuso» proprio in quanto riprovati innanzitutto dalla mentalità comune: in tale prospettiva, la disapprovazione che nella stima della comunità romana circondava il comportamento di chi dilapidava le sostanze avite non costituiva soltanto la legittimazione di fondo dell'interdizione di un simile soggetto, ma costituiva in origine una forma di sanzione sociale che attraverso la disapprovazione, la disistima e al limite mediante late forme di ostracismo comunitario limitava l'indulgere dei soggetti a simili eccentricità, e che del resto poteva tradursi in positivi provvedimenti di carattere in qualche modo pubblico quali in primo luogo le note, le sanzioni e le altre misure di competenza censoria: si pensi in primo luogo ai provvedimenti che, come ricorda Aulo Gellio (*noct. Att.* 4.12.1-3), potevano essere adottati dai censori contro chi soltanto non provvedesse in maniera adeguata alla coltivazione del proprio fondo ovvero contro l'*equus* romano che non curasse convenientemente il proprio cavallo:

Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat, sive quis arborem suam vineamque habuerat derelicti, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium censorisque aerarium faciebant. Item, quis equus Romanus equum habere gracilentum aut parum nitidum visus fuerat, 'impolitiae' notabatur. id verbum significat, quasi tu dicas 'incuriae'. Cuius rei utriusque auctoritates sunt, et M. Cato id saepenumero adtestatus est.

In questa visuale, se controllo sociale, sanzione censoria e diretta statuizione legislativa si collocano in una crescente progressione sanzionatoria da parte dell'ordinamento, secondo un sistema che si collega alla nota riottosità del mondo antico a innovare normativamente lo stato del diritto esistente quando ciò non sia assolutamente indispensabile, è da considerare come anche l'*interpretatio* giurisprudenziale non possa fare a meno di collocarsi in un contesto culturale in cui la stessa *ratio* in base alla quale essa guida l'evoluzione sistema giuridico si riconnette innanzitutto ad estrinsecazioni di tale tipo, allineandosi quindi essa stessa, inevitabilmente, alla visuale di fondo che guida il controllo sociale così come la reazione magistratuale ed infine, nel caso, il provvedimento legislativo: per cui, sembrerebbe, qualsiasi spiegazione storica delle trasformazioni degli istituti difficilmente può fare a meno di tenere conto di tutte queste componenti della vita giuridica di un ordinamento.

Per tal verso, quando si vuole guardare, più che alle singole esplicazioni giusprivatistiche di tale principio, direttamente alla concezione romana del cosiddetto «abuso del diritto», forse non sarebbe del tutto inutile evitare di trascurare aspetti più lati del fenomeno come quelli qui considerati: e quindi, prima di incardinare ogni questione nei massimi sistemi della contrapposizione di principio tra libertà individuale ed interesse collettivo, non dimenticare che, se pur rimane a lungo fermo a Roma il rispetto per un *civis* concepito come costituzionalmente sovrano, d'altra parte risultava dopotutto affatto normale alla originaria mentalità romana ammettere che lo Stato potesse introdursi nelle case dei privati a spiare il numero degli invitati ai banchetti e a controllare, quasi in una micragnosa lista della serva, quanto era stato speso per ogni coperto: come riferisce Macrobio (*sat.* 3.17.1 ss.), è noto infatti come, allo scopo di limitare il lusso dei banchetti, dalla fine del II secolo a.C. fino a Silla vennero votate numerose leggi *sumptuariae* che prevedevano un numero massimo di convitati e precisi limiti di spesa (calcolati in cento assi, come nella *lex Fannia*, del 161, ovvero distinguendo, come nella *lex Licinia* proposta nel 97 da Publio Licinio Crasso, padre del triumviro, tra ricorrenze delle calende, delle none e dei mercati, in cui era concesso un massimale più alto, e giorni normali, in cui ci si doveva accontentare di mettere in tavola tre libbre di carne secca, una libbra di cibi conservati sotto sale nonché prodotti della terra, vino e frutta): nonché l'obbligo, per consentire adeguati quanto diffusi controlli (non esclusa la delazione), di pranzare a porte aperte (*'patentibus ianuis'*, come forse già prevedeva la *lex Orbia*, del 182), arrivando anzi a sanzionare per le eventuali violazioni non solo l'ospite, ma gli stessi invitati (come stabiliva la ricordata *lex Fannia*).

Forse una pur cursoria considerazione di tali aspetti farebbe considerare in una maniera diversa le coordinate generali del problema del cosiddetto «abuso del diritto» e scorpirebbe in un'altra luce i certo più tecnici aspetti di tale fenomeno che si hanno, in una prospettiva giusprivatistica, nell'ambito del rapporto intersoggettivo, ridimensionando, può darsi, il portato di una rassicurante massima quale il principio secondo cui *'nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur'*.

Né, più in generale, si può escludere sino in fondo che la coppa di aceto in cui Cleopatra, stando a Macrobio (*sat.* 7.17.14 ss.), avrebbe sciolto una delle due enormi perle che portava come orecchini per poi ingurgitarla e vincere così la scommessa, fatta con Antonio, di spendere dieci milioni di sesterzi in una sola cena, rappresenti ancora una volta, oltre che una invero disgustosa bevanda, una sorta di baluardo della libertà individuale, la cui intangibilità si manifesta inesorabilmente nel rispetto delle sue più assurde e magari noncurantemente geniali estrinsecazioni.

L'altra perla, narra Macrobio, dopo la sconfitta di Antonio e Cleopatra e la conquista dell'Egitto venne portata a Roma, e molto più oculatamente e con certo migliore impiego del suo valore venale venne tagliata in due, tanta era la sua grandezza, per ornarne la statua della dea Venere situata nel Pantheon. Che pare non essersi offesa troppo nel venire così considerata dalla frugale temperanza romana degna soltanto della metà di quanto aveva adornato il capo della regina d'Egitto.

Ancora sulle nozioni romane di «fructus» (*)

Quando pochi anni orsono, riprendendo vecchi appunti su tali temi, scrivevo le mie note sulla nozione romana di *'fructus'* – o meglio, sulle svariate configurazioni che tale concetto assume nella storia di tale ordinamento – avvertivo un po' la mancanza, del resto già da molti e da tempo segnalata, di un organico studio monografico su tale tema, tale da consentire di inquadrare in un più compiuto fondale storico-dogmatico le osservazioni su due aspetti particolari anche se pur centrali di tale figura giuridica di cui mi occupavo, ossia le definizioni recate da D. 50.16.77 e la nota *quaestio* del *partus ancillae*.

Poco tempo dopo, ed anzi scritta pressoché contemporaneamente a quanto io annotavo, è uscita la monografia sulla nozione giuridica di *'fructus'* di Riccardo Cardilli, che in effetti sembra in buona parte destinata a colmare tale non secondaria lacuna della letteratura romanistica, fornendo un panorama delle fonti e della letteratura in materia che appare pressoché completo.

In effetti, il trovare finalmente ordinati secondo un lineare ordine cronologico, nonché inquadrati nei loro nessi sostanziali, i passi che trattano dei «frutti», sembra certamente costituire già di per sé la base per una nuova visione ermeneutica di tale tema, ed anche ad una prima lettura una simile schedatura appare gravida di prospettive interpretative riordinanti, capaci da condurre una volta per tutte ad una *reductio ad unum* dei problemi dogmatici che circondano l'esatta individuazione di questa figura dogmatica.

Il rischio, tuttavia, è che, come spesso accade, l'ordine di presentazione delle fonti divenga troppo velocemente altresì un canovaccio interpretativo: e quindi, quasi senza soluzione di continuità, senz'altro una ipotesi generale della complessa materia nonché una compiuta serie di soluzio-

*) Riferimenti: R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli, 2000; F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel Principato*, in «Prospettive sistematiche nel diritto romano», Torino, 1976, p. 388 s. e nt. 67; G.E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht nach den gemeinen, in Deutschland geltenden Rechten*, Leipzig, 1843; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 133 nt. 1; M. KASER, *Partus ancillae*, in «ZSS.», LXXXVIII, 1958, p. 156 ss.; O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig 1889, rist. Graz, 1960, II, c. 1076 [n. 715] nt. 2; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 1967, p. 35 ss; ID., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, specie p. 385 ss.; A. WATSON, *Morality, Slavery and the Jurists in the Later Roman Republic*, in «Tulane Law Review», XLII, 1967-1968, p. 293 s.; F. ZUCCOTTI, «*Fruges fructusque*» (studio esegetico su D. 50.16.77). Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto», Padova, 2000; ID., «*Partus ancillae in fructu non est*», in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro», Padova, 2001, p. 185-326. Il racconto *Pierre Menard, autore del Chisciotte* di J.L. BORGES è contenuto in *Ficciones*, Buenos Aires, 1956, trad. it. – *Finzioni. La biblioteca di Babele* –, Torino, 1971², p. 35 ss.

ni delle questioni particolari che questa pone. Capita cioè, talvolta, che lo studioso tenda ad identificare la propria ricerca con il vittorioso superamento della sua stessa problematicità, rifiutando a priori la possibilità che una soluzione generale ed onnirordinante possa, semplicemente, non esistere: ed imponendo quindi alle testimonianze storiche a sua disposizione una congruità intrinseca e una reciproca corrispondenza di significati che a ben vedere risulta in massima estranea ad esse e risultato, in non poca parte, di una lettura forzata o quantomeno di una scelta ricostruttiva preventivamente adottata come irrinunciabile nelle sue linee essenziali.

Non è questo certamente il dato di fondo che emerge dalla lettura del volume di Riccardo Cardilli, su cui, come si è accennato, qualsiasi giudizio non può certo essere altro che di massima positivo: tuttavia una simile tendenza sembra emergere nella trattazione di alcuni aspetti particolari posti dalla nozione di «frutto», e per tal via divenire, per taluni versi, non secondario tratto qualificante della generale storia dogmatica della figura tracciata dall'Autore. In particolare, sembra di poter notare in questo studio monografico la tendenza a considerare la storia della nozione di *'fructus'* nel mondo romano come una sorta di immanente necessità irrinunciabile a qualsiasi ordinamento ed anzi come una concettualizzazione giuridica intrinseca allo stesso diritto romano prima ancora che alla sua elaborazione giurisprudenziale, quasi una di quelle «idee innate» della costruzione giuridica secondo cui si muoveva, com'è noto, la dogmatica ottocentesca e che oggi – così come approfondito soprattutto da Riccardo Orestano nella sua *Introduzione al diritto romano* – qualsiasi metodologia scientifica vorrebbe ormai definitivamente superate.

Sovente, infatti, sembra che l'ansia di rintracciare una unitaria e inesorabilmente logica linea di sviluppo della nozione di «frutto», che attraverso le varie generazioni di *prudentes* non farebbe altro che emergere sempre più chiara e compiuta, conduca l'Autore a individuare nelle singole fonti, in cui un giurista reca una osservazione a proposito di tale figura, una cosciente e volontaria presa di posizione definitiva circa i sempiterni tratti dogmatici del concetto giuridico di *'fructus'*, senza mai prendere in considerazione la possibilità che il giurista, come spesso accade, si sia limitato ad una estemporanea affermazione topica circa tale nozione, strumentale ai contingenti fini del suo discorso: le «riflessioni» (parola di cui, secondo una degenerazione oggi ormai inarrestabile, il libro fa un certo abuso) di Giunio Bruto, Servio Sulpicio Rufo, Labeone, Sabino, Cassio Longino, Giuliano e poi Gaio, Papiniano, Paolo ed Ulpiano si allineano così ordinatamente in una sorta di irremeabile *progressio in virtute*, ove ciascun giurista, disciplinatamente, porta il suo contributo ad una linea di sviluppo ininterrotta che scolpisce in maniera sempre più chiara e definitiva il concetto di «frutto», senza tentennamenti e differenze particolarmente significative tra i vari *prudentes* (che spesso appaiono considerati, secondo visuali non sempre attuali, quasi in una lata dimensione di fungibilità, sia pur temperata da una certa prospettiva diacronica): e soprattutto senza alcun fallimento, senza alcun tentativo poi rinunciato, senza che mai un abbozzo di concezione dogmatica circa tale figura venga poi abbandonata dal cammino successivo della giurisprudenza o che una determinata configurazione venga implicitamente rifiutata dalle costruzioni di un altro giurista.

In effetti, anche se l'Autore in sede di «considerazioni finali» – p. 393 ss. – ammette che «la nozione di frutto che il diritto romano ci tramanda non è unitaria», tuttavia egli afferma questo solo nel senso che essa «riflette una stratificazione storica che abbraccia realtà molto diverse», situandosi comunque in un continuo e coerente lavoro giurisprudenziale che procede secondo falsarighe lineari verso una sempre più esatta determinazione di una nozione di «frutto» che sarebbe da considerare contenuta *in nuce* già negli antichi *mores* gentilizi. Il punto di partenza di tale coeso sviluppo sarebbe da rintracciare soprattutto nella previsione duodecimtabulare relativa alla «*duplio fructus*», che innesterebbe «dinamiche interpretative» nella giurisprudenza pontificale concretantisi nella «costruzione» e nell'«adeguamento» della nozione naturalistica di «frutto»: questa nozione, quindi, conoscerebbe nella giurisprudenza tardorepubblicana una «riconsiderazione che la adeguerebbe ai nuovi istituti», specie in vista della nascita dello *ius utendi fruendi*, così da «verificarla nella sua tenuta» in relazione ad ipotesi come il *partus ancillae*, le *usurae*, le *mercedes*, le *operae servorum* o il *commodum*, «maturando una più precisa valutazione dei requisiti della categoria»; sinché con Labeone si arriverebbe al «superamento

della nozione naturalistica di frutto, o meglio, della concezione ad essa sottesa»: superamento incentrato su di un «collegamento funzionale tra questa categoria di beni e l'uomo, principio stabile nella giurisprudenza romana», che «rende possibile un notevole ampliamento del concetto in base agli usi degli uomini e alle utilità che le nuove forme di godimento assicurano» ad essi. Finalmente, con la costruzione di Giuliano, per l'Autore si può riconoscere «piena maturità a questo movimento interpretativo di assestamento», specie in vista del «rigore intellettuale» con cui il giurista adrianeo, pur non dimentico delle innovazioni più significative di Labeone, incardina la nozione di «frutto» sul referente del «reddito», che esprimerebbe «in tutta la sua importanza» il «rapporto tra il frutto e l'uomo»; dopo la «verifica» gaiana delle regole così elaborate, la giurisprudenza di età severiana proseguirebbe nella elaborazione di un concetto di *'fructus'* sempre più coeso nelle sue varie estrinsecazioni, fornendo a sua volta nuovi «contributi e costruzioni originali», in «un momento conclusivo dello sforzo ricostruttivo classico sul concetto» che si proietterebbe ancora nella produzione legislativa di Diocleziano. Infine, dopo l'offuscamento della chiara linearità di tali concetti che segna il periodo postclassico, in età giustiniana la riconquista di «una rigorosa nozione di frutto» da parte delle scuole d'oriente «rende possibile una strategia dei compilatori nelle scelte operate sul materiale classico», in un conclusivo «sforzo teso a rendere coerente» – nonostante alcune difficoltà dovute a residue contraddizioni, pur «coordinate dagli *antecessores* coevi», che rendono arduo «costruire una nozione unitaria di frutto» – il concetto di «frutto» che il *Corpus Iuris* testimonierebbe soprattutto nei titoli espressamente deputati ad illustrare tale figura giuridica. La convinzione di Riccardo Cardilli circa la unitarietà della figura di *'fructus'* rintracciabile nell'esperienza giuridica romana è in effetti tale che, occupandosi dell'assenza di una nozione coerente di «frutto» in non pochi codici civili moderni propri di ordinamenti di tradizione romanistica, convinto della imprescindibilità di tale figura nella sistematica del diritto privato egli arriva a consigliare – p. 414 ss. – un ritorno al paradigma appunto logico e coeso a suo avviso offerto dalle fonti giuridiche romane in materia, valorizzando in particolare una nozione di «frutto» non slegata dalla sua destinazione al soddisfacimento dei bisogni dell'uomo (ed è meglio qui non soffermarsi sulla proposta sistematico-costruttiva, vagamente socialteggiate, di fondare tale ipotetica nozione di «frutto» sulla sua destinazione al soddisfacimento dell'uomo – costruendola quindi «a sua misura» – per «evitare le conseguenze aberranti di un acritico adeguamento del concetto alla forma capitalistica di produzione», dato che, a suo avviso «la disumanizzazione insita nella nozione di frutto come reddito del capitale è, infatti, un rischio non sempre adeguatamente messo in luce, a cui la scienza giuridica dovrebbe reagire» poiché «l'accoglimento di essa implicherebbe un appiattimento del concetto sui profitti d'impresa, organizzata nella forma della società di capitali, venendo a perdere quello stretto legame della nozione di frutto con la salvaguardia dei beni da cui il frutto si trae e con il fine di soddisfare bisogni umani»: ma tutto questo, per fortuna, è estraneo alla storia della nozione di *'fructus'* nel diritto romano, e quindi queste note ne possono essere risparmiate).

Tale modo di concepire la ricostruzione storica della nozione romana di «frutto», del resto, appare conseguenza di una generale visione dell'esperienza giuridica romana, dogmatizzata fin dalle sue scaturigini: ed infatti si manifesta nella maniera più netta sin dagli inizi della ricostruzione tracciata dall'Autore, ossia già nel problema della presenza o meno del termine, e nel caso anche della nozione giuridica di *'fructus'*, nella compilazione decemvirale. Sin da tale arcaico contesto, infatti, ogni questione sembra poggiare su di una lata ed immanente ineluttabilità del ricorso a tale concettualizzazione da parte di qualsiasi costruzione giuridica, anche se primitiva ed ancora per così dire *in nuce*: tanto che la nozione di *'fructus'*, a parere dell'Autore, avrebbe già acquistato un preciso significato tecnico nientemeno che negli stessi *mores* predecemvirali, indicando sin dalla più antica elaborazione pontificale, in relazione alla *legis actio per sacramentum in rem*, tutti i prodotti naturali della terra e del bestiame (p. 51 ss. e 75 ss.).

Il punto di partenza di tale «dogmatizzazione della preistoria» è ovviamente il dibattuto caso in cui il termine *'fructus'* verrebbe riferito – secondo la testimonianza del *de verborum significatu* di Festo (sv. *'vindiciae'*, L.² p. 465), che cita Servio Sulpicio Rufo – al dettato duodecimtabulare (*tab. XII.3*:

norma che l'Autore attribuisce con tranquilla sicurezza – p. 58 – al secondo decemvirato): «... si vindiciam falsam tulit, si velit is *praetor* arbitros tris dato; eorum arbitrio *rei* [?] *fructus* duplione *damnum* decidito». A proposito di tale passo, in realtà, è molto discusso, anche in una prospettiva critico-filologica, l'effettiva riferibilità delle parole finali della trattazione, in cui è contenuto il termine in questione, al giurista repubblicano (e quindi, a maggior ragione, al testo duodecimtabulare): infatti la moderna letteratura giuromanistica ha avanzato molti dubbi circa la verosimiglianza del ricorso – specie se da intendere in senso tecnico – alla parola '*fructus*' da parte del legislatore del V secolo a.C. («*Fruges fructusque*», p. 177 nt. 274).

Riccardo Cardilli (p. 40 ss.), pur citando in maniera pressoché completa la letteratura in materia, non sembra tenere debito conto dei fortissimi dubbi che circondano il ricorso delle XII Tavole a tale termine, fondandosi *in toto* sulla aprioristica convinzione che per risolvere il problema delle restituzioni incombenti sulla parte sconfitta nella *reivindicatio* fosse imprescindibile il ricorso ad una nozione unitaria tale da indicare nel complesso quanto il soccombente ha percepito dalla *res* oggetto di causa, donde appunto il ricorso alla nozione di '*fructus*' per compendiare tutti i prodotti naturali della terra e del bestiame: necessità per l'Autore intrinsecamente autoevidente, tanto che egli mi rimprovera (p. 27 nt. 85) di non aver adeguatamente valutato le «ragioni che potevano rendere necessario, in età decemvirale, il ricorso al *fructus rei*».

L'idea che il concetto tecnico di '*fructus*' sia alla base tanto della determinazione degli obblighi di restituzione conseguenti alla *reivindicatio* quanto alla valutazione delle facoltà dell'usufruttuario nello sfruttamento della *res fructuaria* è in effetti alquanto diffusa in dottrina, sia pur a livello per lo più implicito: ma in realtà, come ho tentato di mostrare («*Fruges fructusque*», p. 174 ss.), il ricorso a tale nozione non risulta per nulla risolutivo in relazione al primo aspetto, dato che in particolare il possessore di mala fede dovrà restituire tutto ciò che ha ricavato dalla cosa, indipendentemente dal fatto che ne costituisca o meno un «frutto», e del pari anche per quanto riguarda lo *ius utendi fruendi* il titolare può trarre dalla *res* utilità che non sono propriamente '*fructus*', e che appunto per questo verranno col tempo parificate in linea di massima ad essi: mentre d'altra parte («*Partus ancillae*», p. 206 ss.) i giuristi romani tendono in generale a non fidarsi dell'ambigua nozione di '*fructus*' per inferire da essa se una determinata utilità competa o meno al *fructuarius*, ma, al contrario, preferiscono chiedersi empiricamente se una determinata entità prodotta dalla *res fructuaria* spetti o meno al titolare di tale diritto ('... *an ... ad fructuarium pertinet ...*') per dedurre poi da tale più solida circostanza, nel caso, la natura di '*fructus*' attribuibile alla cosa.

Ma anche al di là di tali considerazioni, quello che rimane fondamentale, specie in un contesto – come messo in luce ancora una volta da Riccardo Orestano nei suoi *Fatti di normazione* – non sistematico bensì fattuale e concretamente empirico quale quello del diritto romano arcaico, è che il problema delle restituzioni che incombono nella *legis actio per sacramentum in rem* sulla parte sconfitta non aveva bisogno dell'elaborazione di alcun concetto tecnico per essere soddisfacentemente risolto, dato che, stando alla stessa testimonianza di Festo, per la effettiva determinazione di quanto dovuto dal soccombente al vincitore a tale titolo si faceva in ogni caso rinvio ad un giudizio arbitrale, ove tali problemi sarebbero stati agevolmente risolti in via *lato sensu* equitativa (cosa che farebbe oltretutto pensare, anche qualora si volesse accettare la presenza del termine '*fructus*' nella legislazione decemvirale, ad un impiego comunque atecnico della parola, ancora usata nella lata e non univoca accezione che le rimarrà propria nel linguaggio comune).

Tali aspetti, beninteso, sono di per sé passibili di ampie discussioni e offrono diverse e forse opposte possibilità di soluzione: ma quello che in ogni caso viene meno, ad una loro pur veloce considerazione, è quella pretesa intrinseca autoevidenza che Riccardo Cardilli scorge invece nella necessità del ricorso ad una nozione tecnica di '*fructus*' nell'arcaico ordinamento romano: tale assunto, in effetti, avrebbe avuto bisogno di ben più ampie argomentazioni e soprattutto della considerazione di alquanto più variegate posizioni ricostruttive per poter essere adeguatamente sostenuto (né è qui il caso di insistere sulle forzature connesse alla volontà di dimostrare tale aprioristica tesi, come in particolare il fatto che la trattazione circa la condanna del possessore alla restituzione dei

frutti nel caso di una *petitio nuda proprietatis* recata da D. 22.1,19.pr., tratto dal sesto libro *ad legem duodecim tabularum* di Gaio ma in ogni caso relativo ad un istituto recenziore come l'usufrutto, venga nei suoi principii di fondo collegata senza soverchi problemi dall'Autore – p. 59 ss. – all'elaborazione nientemeno che pontificale relativa al problema del 'restituere' nella *legis actio per sacramentum in rem*).

Un altro punto in cui gli apriorismi sottesi alla ricostruzione dell'Autore sembrano giungere ad inficiare i risultati sostanziali dell'indagine sembra essere rappresentato dalla questione del *partus ancillae*, dove innanzitutto stupisce come la ricostruzione storica della disputa e delle tesi sostenute dai giuristi che vi presero parte muova da due soli dei testi che la concernono, ossia Cic., *fin.* 1.4.12 e Ulp. D. 7.1.68.pr., senza che, in *sede materiae*, vengano neppure richiamati la più diffusa, anche se non del tutto sicura, motivazione recata da Gaio in D. 22.1.28.1 nonché le osservazioni di Ulpiano, pur situantisi in contesti giuridici più recenti, conservateci D. 5.3.237.pr.: scelta ermeneutica dovuta alla convinzione che la notazione '... *neque enim in fructu hominis homo esse potest* ...' di D. 7.1.68.pr. esprimerebbe la effettiva motivazione data da Bruto, secondo una linea interpretativa già sostenuta in particolare da Max Kaser, cui Riccardo Cardilli (p. 87) aderisce incondizionatamente sulla base della convinzione che «se la considerasse di Ulpiano, in un'età cioè dove principio consolidatosi del *ius naturale* è l'eguaglianza ontologica tra liberi e schiavi in quanto *homines* ... la motivazione della L. 68 pr. avrebbe il senso di una cosa ovvia», mentre «ben altra forza espressiva ha la *sententia Bruti* se la si riporta al II sec. a.C.», dove «il ricorso al concetto di *homo* per il *partus ancillae* assume infatti un significato fondamentale, critico rispetto ad una tradizione maturata nel *ius civile*» (ossia alla dimensione eminentemente patrimoniale del *servus* – *res mancipi* oggetto di *dominium* – che in tale contesto si era ormai pressoché pienamente affermata).

Nelle mie note su tale tema (*«Partus ancillae»*, p. 270 ss.) credo di aver mostrato in maniera abbastanza conclusiva come l'enunciazione gaiana di D. 22.1.28.1 (*absurdum ... videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum hominum gratia comparaverit*) – che Riccardo Cardilli (p. 251 s.) ritiene un po' apoditticamente che «non si radichi nell'originale soluzione di Giunio Bruto», ma sia al contrario «un ulteriore sviluppo interpretativo su quella maturazione della tradizione civilistica da Q. Mucio a Sabino, dato che, come abbiamo visto con Servio Sulpicio Rufo, la soluzione di Bruto innesca nel concreto processi interpretativi» – mostri precisi punti di contatto con le trattazioni del problema della schiavitù recate in particolare dalla *Politica* di Aristotele e dal *De Republica* di Cicerone, secondo corrispondenze sufficienti a farla verosimilmente considerare la effettiva argomentazione del giurista repubblicano, e come la formulazione ulpiana conservataci da D. 7.1.68.pr. appaia con ogni probabilità una più contratta enunciazione dello stesso principio: anche in quanto, considerata in se stessa, l'affermazione secondo cui il figlio della schiava non può essere considerato frutto in quanto '*homo hominis in fructu esse non potest*' non appare invero motivazione soverchiamente perspicua e definitiva da un punto di vista logico-giuridico, risolvendosi in ultima analisi in una sorta di pressoché tautologica petizione di principio.

Ma al di là di questo, quanto del singolare criterio di congruità storica su cui si impernia la ricostruzione in esame – secondo cui, essendo la notazione ulpiana piuttosto banale se situata nell'età severiana, è giocoforza darle un senso più pregnante riportandola al II secolo a.C. – è soprattutto da sottolineare è l'intrinseca erroneità dei presupposti relativi alle concezioni della schiavitù su cui essa poggia: problema che travalica e fa persino dimenticare tale curiosa argomentazione ai limiti del paradosso recata dall'Autore (che ricorda assai da vicino l'idea che è alla base del *Pierre Menard, autore del Chisciotte* di Jorge Luis Borges, ove il romanzo di Cervantes viene «riscritto» in maniera esattamente eguale da tale scrittore, ma con lo straniante risultato che, letta come composta nel secolo scorso, l'opera acquista tutt'altri toni ed implicazioni affatto diverse rispetto all'originale, così che una frase come «la verità, di cui madre è la storia, emula del tempo, deposito delle azioni, testimone del passato, esempio e notizia del presente, avviso dell'avvenire», che riferita al XVII secolo appare mera magniloquenza retorica e luogo affatto comune, situata nel contesto del Novecento si colora di tutt'altri echi e diviene testimonianza filosofica di un'originale idea della storia: ma

è chiaro come un brillante artificio letterario non possa divenire metodologia per la ricerca della verità storico-giuridica).

In ogni caso, come aveva già sottolineato soprattutto Alan Watson, è gratuito pretendere che la scelta di attribuire il nato della schiava al *dominus* anziché al *fructuarius* costituisca una manifestazione di *favor* nei confronti del *servus*, e, come vorrebbe Riccardo Cardilli, una testimonianza della *humanitas* stoica (p. 88 s.), dato che, com'è ovvio, il *partus ancillae* rimane comunque schiavo, e di per sé la scelta di attribuirlo al nudo proprietario della madre potrebbe semmai anche significare la sua separazione da essa, che rimane invece presso l'usufruttuario («*Partus ancillae*», p. 233 ss. e nt. 146). Ma soprattutto sembra inaccoglibile l'assunto secondo cui, ai tempi di Ulpiano, la eguaglianza ontologica tra liberi e schiavi sarebbe stato ormai una verità indiscussa, dato che, al di là della retorica si potrebbe quasi dire «politicamente corretta» delle enunciazioni ufficiali e di principio, nella mentalità romana di età imperiale tra gli schiavi e i liberi si tendeva al contrario a postulare una differenza analoga a quella che poteva esserci tra gli uomini e gli dei (la trattazione del problema che si trova nel saggio di Fausto Gorla che pur l'Autore cita tra i referenti dottrinali della propria ricostruzione – p. 88 nt. 30 – non è stata evidentemente da lui considerata in maniera sufficientemente completa). Tale prospettiva di incommensurabile differenza tra l'uomo libero e lo schiavo, d'altra parte, non era troppo diversamente sentita nella temperie repubblicana, dove l'*humanitas* stoica poteva tutt'al più condannare gli eccessi di una situazione di asservimento che in ogni caso, come dichiarano nella maniera più esplicita sia Aristotele che Cicerone, era da considerare del tutto conforme alla natura delle cose in quanto giustificata dalla intrinseca inferiorità di determinati uomini, che vanno assoggettati per il loro bene ad un padrone al pari di quanto avviene per gli animali (né, per quanto oggi tali posizioni possano sembrare non consone alla nostra mentalità, sembra di rendere un riconoscimento all'intelligenza delle civiltà e delle culture antiche ritenendo che, pur praticando senza problema la schiavitù, esse la considerassero tuttavia una mostruosa ed ingiustificabile barbarie, quasi che attribuire ai romani idee simili alle nostre ed ovviamente «comme il faut» significhi di per sé far loro un complimento). E d'altra parte, circa il tema del *partus ancillae*, sembra infine di poter notare come, in una trattazione monografica sulla nozione di '*fructus*', la centralità di tale tema nella storia di tale figura giuridica avrebbe forse fatto aspettare ben più sensibili approfondimenti: una affrettata indifferenza, questa, forse anch'essa legata alla pretesa linearità unitaria di architetture che, in tale ricostruzione, si vorrebbe scorgere nella storia del concetto di «frutto».

La lata dogmatizzazione dell'ordinamento romano più antico, che ne dimentica del tutto il carattere fattuale e vi sostituisce surrettiziamente esigenze di esaustività sistematica proprie soltanto dei secoli a noi più prossimi, è del resto aspetto problematico che investe non poca parte della ricostruzione recata dall'opera in questione in ordine agli istituti del diritto arcaico: così, per limitarsi ad un indicativo esempio, a proposito di Tab. VII.10 ('... *cantum est ... lege XII tabularum ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere ...*'), secondo la testimonianza di Plin., *nat. hist.* 16.5.6[15]), si afferma che «i decemviri avrebbero accordato la facoltà di raccolta delle *glandes* cadute sul fondo del vicino al titolare del *meum esse* sull'*ager* comprensivo degli alberi» (p. 70 nt. 97) in quanto «per questo tipo di frutti arboricoli ... il momento della raccolta è successivo alla loro spontanea caduta dall'albero che li produce» (p. 71 s.), e che presto, sin dal III-II secolo a.C., la parola '*glans*' avrebbe ricompreso '*omnis fructus ex arbore*' grazie all'*interpretatio* giurisprudenziale, tanto che il pretore, fondandosi su questo ampio significato del termine, si sarebbe limitato ad introdurre un *interdictum de glande legenda*, senza sentire il bisogno di prevedere «un autonomo interdetto *de pomo legendo* o *de fructu legendo*» (p. 72): e in tale prospettiva l'Autore, trovando strano che io riferisca invece tale sviluppo semantico al periodo successivo al sorgere dell'*interdictum de glande legenda*, reputa alquanto curiosamente che io ipotizzi una «origine alta (contemporanea alle XII tavole) dell'interdetto» (p. 74 nt. 113).

A parte il fatto che, ovviamente, a me non è mai venuta in mente una simile assurdità, dato che mi limitavo a ritenere che, tanto nelle XII Tavole quanto nel – successivo – momento in cui il pretore introdusse l'*interdictum*, il termine in questione significasse semplicemente «ghianda», e che

solo in seguito – grazie ad una *interpretatio* tardorepubblicana spiccatamente portata a simili approfondimenti e manipolazioni semantiche – abbia visto dilatarsi il proprio significato sino a ricomprendere ogni frutto arboreo, quello che nella ricostruzione tracciata da Riccardo Cardilli lascia piuttosto perplessi è che si parla di una estensione semantica del termine ‘*glans*’ senza menomamente specificare quali siano i rapporti tra tale evoluzione semantica dell’accezione giuridica della parola, che giunge ad assumere l’accezione di «frutto arboreo» in generale, e le sue vicende nel vocabolario comune, scientifico e letterario, dove invece essa rimane sempre ancorata al significato originario e più ristretto di «frutto della quercia» e di alberi ad essa simili («*Fruges fructusque*», p. 43 ss. e nt. 95). Se adeguatamente considerata, tale netta differenziazione di ambiti semantici avrebbe forse di per sé suggerito la verosimiglianza di uno *interpretatio* giuridica del termine ‘*glans*’ avvenuta in epoche sufficientemente recenti affinché la giurisprudenza abbia raggiunto quel livello di tecnicismo e per così dire di «*Isolierung*» idoneo a permetterle di «creare» una accezione particolare della parola strumentale ai suoi fini costruttivi, senza che tale significato interagisca per nulla con il senso corrente del termine nel vocabolario comune, scientifico e letterario, come viceversa sarebbe con ogni probabilità avvenuto se tale sviluppo semantico fosse avvenuto in epoche più antiche, quando il vocabolario del diritto non si era ancora emancipato in maniera tanto definitiva da quello quotidiano.

Ed in effetti, se la giurisprudenza tardorepubblicana fornisce numerosi esempi di tali «forzature» semantiche, è altresì da notare come da un punto di vista concretamente agricolo non appaia per nulla strano che la fattispecie decemvirale relativa alla raccolta *in alieno* delle ghiande si sia sviluppata e si sia conservata a lungo in esclusiva relazione a tale tipo di frutto, e che ancora il pretore abbia introdotto un interdetto in relazione soltanto ad esso: la ragione di tale trattamento particolare delle querce infatti non sembra dovuto, come opina Riccardo Cardilli, alla circostanza che per tali frutti «il momento della raccolta è successivo alla loro spontanea caduta dall’albero» (motivazione in cui ritorna la accennata tendenza dell’Autore a pretendere di «dogmatizzare» la preistoria interpretando gli antichi *mores* come un reticolo normativo in sé completo ed atto a ricomprendere qualsiasi eventualità presentata dalla realtà ontologica), bensì, in linea con il fondamentale carattere fattuale della normazione arcaica, al semplice motivo che le querce, alberi di alto fusto particolarmente resistenti, erano gli alberi che normalmente venivano piantati sul confine, mentre le piante propriamente da frutto – più piccole e delicate e non a caso in latino dette ‘*arbusta*’ – erano coltivate secondo altre e più attente modalità e non certo abbandonate sul confine dei fondi, dove del resto la loro modesta altezza le avrebbe senz’altro esposte alle previsioni circa i rami sporgenti sul fondo altrui, già contenute nelle XII Tavole (VII.9a) ed in seguito riprese dall’*interdictum de arboribus cedendis*; solo in epoche alquanto più recenti, quindi, quando nuove tecniche di coltivazione e tipi di piante pomifere prima sconosciute si diffusero a Roma e nel suo sempre più vasto impero, si pose il problema dell’applicabilità dell’*interdictum de glande legenda* ad altri tipi di frutto, cui i *prudentes* risposero appunto – grazie ai mezzi tecnici cui erano ormai pervenuti – considerando convenzionalmente ricompreso nel termine ‘*glans*’ ogni tipo di frutta.

Del resto, questa sorta di pregiudizio di un diritto «a priori» rispetto alla realtà che è destinato a disciplinare e di una lata onnipotenza della giurisprudenza nel forgiare conformandolo alle proprie esigenze quanto è sotteso alla normazione giuridica, conduce – complice una certa sottovalutazione dei dati relativi alla concreta attività agricola – a non pochi travisamenti riguardo ai problemi posti dalle fattispecie connesse alla nozione di ‘*fructus*’. Così, ad esempio, in riferimento a D. 18.1.40.4 (Paul 4 *epit. Alf.*: ‘*cum fundum quis vendiderat et omne fructum receperat, et arundinem ceduam et silvam in fructum esse respondit*’), la tendenza a considerare ogni affermazione dei giuristi romani come una «riflessione» che porta all’enunciazione di una regola generale conduce l’Autore – p. 117 ss. – ad individuare nel passo, ignorandone il probabile carattere di responso o *quaestio* di tipo casistico, un principio per cui il legname così ricavato costituisce ‘*fructus*’ in quanto rinasce dai ceppi o dalle radici dopo il taglio, ed è quindi capace di riprodursi da una «cosa madre»: per evitare tale affrettato equivoco, sarebbe bastato considerare come ancora oggi tale tipo di produzione del legname avviene o attraverso boschi appunto cedui (dove le piante rinascono ‘*ex stirpibus*’) e piantagioni di alberi da ta-

glio come ad esempio i pioppeti (dove le piante vengono piantate nuovamente dopo ogni raccolto), e come anche in questo secondo caso – ampiamente attestato dalle fonti romane – le facoltà del *fructuarius* non siano evidentemente diverse.

Ma il caso in cui tale sottovalutazione del concreto dato agricolo raggiunge vertici di straniamento dalla realtà che si potrebbero dire persino stupefacenti è rappresentato dall'analisi del frammento di Giavoleno, tratto dal quinto dei suoi *libri ex posterioribus Labeonis*, conservato in D. 33.2.42 (*'in fructu id esse intellegitur, quod ad usum hominis inductum est: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit. itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur, non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse'*). Il *responsum* in questione, verosimilmente relativo ad una ipotesi di locazione del fondo e al problema della spettanza dei frutti raccolti poco prima della scadenza del rapporto, enuncia un principio piuttosto ovvio secondo cui, essendo i frutti destinati all'uomo, è appunto l'uomo che deve decidere il momento in cui è meglio coglierli affinché siano idonei al loro fine direttamente edule o comunque legato alla produzione di ingredienti alimentari quali l'olio: tale spiegazione, che se intesa come affermazione semplicemente topica non desta dunque alcun problema, diviene alquanto banale se intesa come formale enunciazione di un regola generale relativa alla nozione «frutto» (*«Partus ancillae»*, p. 323 s.), specie se si considera come non esista un predeterminato momento di completa maturazione del frutto da un punto di vista naturale (potendosi per tal verso fare riferimento soltanto alla spontanea caduta del frutto dall'albero per depositare, disfacendosi, il seme nella terra, secondo finalità intrinseche alla vita vegetale che però sono ovviamente opposte agli scopi dell'agricoltura: del resto, le olive che cadevano spontaneamente dall'albero sono le più scadenti, in quanto non idonee a dare una normale quantità di olio, e non a caso Catone – *agr.* 58 – le destinava a companatico per gli schiavi).

Riccardo Cardilli, analizzando tale passo (p. 181 ss.), vi trova invece «contenuta una definizione di *fructus* che assume ai fini di questa ricerca un'importanza particolare, perché permette di cogliere, attraverso una sintesi giavoleniana coerente alle testimonianze dirette o indirette del giurista augusteo, il contributo originale e innovativo di questi alla maturazione di una nuova nozione di frutto», asserendo in tale prospettiva che la «definizione laboeniana coglie l'elemento essenziale della categoria», superando la concezione che si fermava a considerare «la maturazione in senso naturalistico del frutto (*maturitas naturalis*)», e guardando invece «il tempo, il processo di crescita, nel quale esso abbia una maggiore utilità (*magis expedire*), un maggior 'ritorno economico'-reddito (*reditus*) per il colono o per il proprietario del fondo», nel quadro di una prospettiva, percepita dall'Autore come rivoluzionaria, «che apre la via al superamento della concezione naturalistica», e sulla falsariga di «un'interpretazione di frutto fondata sulla utilità che la cosa ha per l'uomo» in cui «si utilizza una nozione relativa di frutto, coerente alle nuove dinamiche del godimento dei beni e agli ampliati usi delle cose emerse in un certo momento storico nella coscienza sociale».

Ora, contrariamente a quanto può pensare qualche rarefatto storico del diritto che trova volgare abbassarsi fino a occuparsi di simili trascurabili dettagli agricoli, le olive non sono verdi o rosse nello stesso modo in cui vi sono uve bianche e nere, ma assumono l'una o l'altra delle due colorazioni a seconda del grado di maturazione cui sono pervenute: e per tal verso le olive verdi potrebbero in qualche modo essere considerate in tale prospettiva di per sé sempre acerbe; se colta ancora verde, l'oliva si conserva meglio ma deve essere trattata secondo processi che ne rendano gradevole il gusto, altrimenti insopportabile, mentre, se colta in più avanzato stato di maturazione, ossia rossa, essa risulta in linea di massima più gradevole da un punto di vista edule e dà un olio migliore: tuttavia, l'assenza di un forte tegumento che protegga il frutto ne fa una facile preda degli uccelli e soprattutto un luogo assai apprezzato dagli insetti per depositarvi le uova, rendendo così assai facile la rovina del raccolto che non venga abbacchiato per tempo. In tale situazione, ed essendo la coltura dell'olivo relativamente antica nel Lazio, è ovvio come le tecniche agricole si siano premunite sin dall'inizio di individuare, anche a seconda dell'andamento climatico, momenti di raccolta idonei ad assicurare la maggiore redditività possibile del raccolto, in maniera tale da lasciar maturare a sufficienza le olive senza purtuttavia aspettare troppo, rischiando la perdita della produzione: e questo

senza contare come, a seconda dei tipi di olive e della loro destinazione alla tavola o al frantoio, nonché in connessione alle zone climatiche e alle tecniche di produzione dell'olio, i momenti ritenuti migliori per la raccolta potevano ulteriormente variare.

E se questo era il *modus operandi* dei contadini romani, proprietari del proprio fondo, non si può evidentemente pensare che dall'usufruttuario si esigesse un comportamento diverso, costringendolo, in base a un aprioristico concetto giuridico di *'fructus'* o in vista di un preteso paradigma di *'maturitas naturalis'*, ad una troppo tardiva abbacchiatura delle olive, con la conseguente rovina di buona parte il raccolto (tantopiù che uno dei criteri più risalenti per disciplinare l'esercizio dello *ius utendi fruendi* fu appunto quello di seguire gli stessi criteri di impiego della *res* che erano stati propri del dante causa). Il fatto che le olive dovessero venire colte quando era più opportuno dal punto di vista dei criteri agricoli che soprassedevano alla loro coltivazione doveva quindi essere anche nell'ambito del diritto criterio già affermatosi come ovvio già *ab antiquo*, né quindi, nel caso ricordato da D. 33.2.42, il giurista fece altro che rifarsi ad esso a proposito di una lite – ammesso che il caso sia reale – in cui il *dominus*, presumibilmente, sosteneva che il colono avesse anticipato l'abbacchiatura oltre il normale per concluderla prima della scadenza del rapporto locativo ed appropriarsi quindi di un raccolto che non gli sarebbe spettato.

I dubbi che tormentano l'Autore (p. 186 nt. 134) in ordine al «problema di chi abbia realizzato per primo questa operazione», ritenendo che le olive come qualsiasi altro frutto andava colto quando ciò era opportuno in vista dell'impiego alimentare cui era destinato, risulta dunque in realtà facilmente risolvibile, né vi è bisogno di chiedersi se tale colpo di genio sia stato merito della «riflessione» di Labeone o di Giavoleno o addirittura dei compilatori giustiniani: furono semplicemente i contadini romani (ovvero prima di loro quelli etruschi o greci), senza alcuna necessità di quintessenziate elucubrazioni giuridico-costruttive, a capire che le olive andavano raccolte quando erano più buone da mangiare o migliori per farne olio e al contempo senza troppi rischi di perdere una soverchia parte della produzione.

La sottovalutazione dei concreti aspetti quotidiani sottesi alla regolamentazione giuridica dei fenomeni, del resto, porta sovente Riccardo Cardilli a prese di posizioni che lasciano piuttosto perplessi: in effetti, tale impostazione dogmatica si unisce non solo alla ricordata tendenza a considerare ogni affermazione dei *prudentes* relativa alla nozione di «frutto» come l'enunciazione di una regola generale ed assoluta, ma anche ad una visione che fa di ogni enunciazione la prima formulazione di quella regola, scorgendo quindi in essa una novità assoluta rispetto al passato: prospettiva che, nell'ovvia parzialità e casualità dei frammenti specie dei giuristi più antichi che ci sono pervenuti attraverso il Digesto, appare invero strana, dato che ovviamente quando si rintraccia per la prima volta un determinato principio nella trattazione di un giurista si può al massimo dire che tale principio risale quantomeno a tale autore, mentre è molto più difficile dimostrare che prima di quest'ultimo il principio in questione fosse del tutto sconosciuto al diritto romano.

Un significativo esempio di tale impostazione è fornito dalla regola secondo cui, agli effetti della condanna alla restituzione dei «frutti», questi devono essere intesi come «risultato del reddito netto escluse le spese». Secondo l'Autore, la «prima apparizione» di essa si riscontrerebbe soltanto in Labeone, il quale in D. 17.1.10.9, in relazione al mandato, avanzerebbe «timidamente» e soltanto in relazione all'*actio ex fide bona* il principio secondo cui *'... sumptum, quem in fructu percipiendos fecit, deducere eum oportet ...'* (p. 177 ss.); quindi il «superamento» dell'antica concezione di *'fructus'* viene «maturato» da Sabino, cui si deve «la prima definizione del frutto come reddito netto, tolte le spese» (p. 198 s.), come attesterebbe D. 24.3.7.pr. (*'fructos eos esse constat, qui deducta impensa supererunt'*); e finalmente, sempre in Sabino, tale regola acquisterebbe una «maggiore consapevolezza», come testimoniato da D. 5.3.36.5, dove si enuncia la regola *'fructus intelleguntur deductis impensis'* (p. 200 s.), in uno «sforzo interpretativo» che sfocerebbe una volta per tutte nel definitivo superamento del requisito della periodicità (p. 210 ss.).

Sembra chiaro che se ci si limita ad osservare che tale principio, nelle fonti pervenute, compare per la prima volta in Labeone e poi in maniera definitiva in Sabino, non vi sono problemi: più

arduo è invece già il pretendere che nei giuristi precedenti tale regola non fosse ancora mai stata enunciata in maniera conclusiva. Ma se si vuole addirittura arrivare a dire che, prima di tali giuristi, la condanna alla restituzione dei *'fructus'* si traduceva nell'obbligo di corrispondere al vincitore della *revindicatio* o dell'*actio in personam* l'intero valore del prodotto ricavato dal fondo, senza calcolare per nulla l'importo delle spese erogate per ottenerlo, un simile assunto sembra destare non pochi dubbi circa la sua congruità giuridica nonché soprattutto in ordine alla sua equità sostanziale ed alla sua verosimile praticabilità: specie se considera il carattere *lato sensu* arbitrario del procedimento relativo alla quantificazione degli obblighi di restituzione gravanti sulla parte soccombente, infatti, appare piuttosto improbabile che ad esempio, di fronte a frutti ricavati spendendo poniamo sessanta o settanta e venduti a cento (i margini di redditività dell'agricoltura non dovevano poi essere molto elevati), il possessore, quand'anche di buona fede, dovesse venire condannato a corrispondere senz'altro al *dominus* l'importo di cento, procurando così a quest'ultimo un inaspettato quanto ingiustificato guadagno, che d'altronde non sembra avere nulla a che fare con il principio per cui il tempo impiegato per arrivare alla sentenza dal tempo della domanda giudiziale (o, in caso di malafede, dall'impossessamento della *res*) non deve andare a nocimento della parte vincitrice. Eppure risulta che la ricostruzione dell'Autore vada proprio in tale direzione, dato che la «maturazione» della regola per cui il *'fructus'* deve intendersi *'deductis impensis'* viene inserita nel processo che conduce da una nozione sostanziale di *'fructus'* di tipo naturalistico ad una concezione impostata sull'idea di «reddito netto», e i tre frammenti appena ricordati trattano appunto di problemi relativi alla condanna processuale alla restituzione dei frutti: e, se si rifiuta di prendere in considerazione l'idea che i *prudentes* potessero anche usare il termine *'fructus'* in senso atecnico, rifacendosi alle varieguate accezioni che esso assumeva nel linguaggio comune, e d'altra parte si intende in maniera monolitica e tecnicistica l'idea romana di *'fructus'* già a partire dal contesto predecemvirale, il risultato non può in effetti che essere quello di riportare a tale nozione dogmatica, e alle diverse concretizzazioni storiche in cui essa si evolve nei suoi aspetti particolari, la soluzione di ogni problema, prospettando quindi ogni argomento connesso al concetto di *'fructus'* come questione da risolvere in base ad una rigida definizione giuridica di tale figura.

Per altro verso, una simile metodologia ricostruttiva è ulteriormente resa difficoltosa dal fatto che per l'Autore l'istituto dello *ius utendi fruendi* si modella esclusivamente su di un concetto di *'fructus'* già preventivamente codificato, da cui si farebbero discendere attraverso procedimenti deduttivi di tipo pressoché geometrico i limiti delle facoltà dell'usufruttuario in ordine all'impiego della *res*, gravando per tal via questa non certo solida figura giuridica di qualsiasi problema relativo all'esercizio di tale diritto. La monografia in esame, infatti, ignora, si potrebbe dire quasi programmaticamente, i vari criteri diversi da quello che fa perno sulla nozione di *'fructus'* cui viceversa i *prudentes* romani, stando alle fonti a disposizione, ricorsero via via per delimitare le facoltà del *fructuarius* («*Partus ancillae*», specie p. 218 ss.): da quello che fa riferimento agli abituali modi di impiego della *res* da parte del dante causa a quello che distingue l'*usus* dall'*abusus* sino a quello dell'*arbitratus boni viri* (che Riccardo Cardilli – ad esempio p. 197 – tende stranamente a considerare nelle sue conseguenze fungibile rispetto al paradigma del *'salva rerum substantia'*: si veda infatti – p. 295 – l'invero affrettata analisi di D. 7.1.13.5, dove in realtà la facoltà di *instituere* cave sul fondo agricolo risulterebbe riconosciuta da Ulpiano al *fructuarius* tenendo presente solo il primo dei due criteri, ma non l'altro, che non si doveva essere ancora affermato in tutte le sue implicazioni); per altro verso non ci si accorge che l'unico caso nelle fonti a disposizione in cui si risolve un problema relativo a quanto spetta al *fructuarius* richiamandosi direttamente al concetto di «frutto» è in pratica quello del *partus ancillae*, mentre normalmente i giuristi preferiscono chiedersi se in concreto una determinata utilità spetti in concreto al titolare dell'usufrutto («... *an pertinet* ...»), seguendo prospettive, quindi, alquanto remote dall'uso onnirisolutivo della nozione di *'fructus'* postulata dall'Autore. Anche per quanto riguarda il criterio generale, probabilmente già enunciato da Masurio Sabino, secondo cui in linea di massima spetta al *fructuarius* ogni utilità derivante dal fondo, esso viene in non poca parte travisato attribuendo al giurista del I secolo d.C. – p. 184 ss. – una invero problematica parificazione tra ogni entità

prodotta dalla *res* e la più circoscritta nozione di «frutto», parificazione che in realtà risulta da attribuire soltanto ad Ulpiano («*Partus ancillae*», p. 216 s.): questi, infatti, in D. D. 7.1.9.pr., richiama la massima sabiniana risolvendola in un '*fructus est*' ('*quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen ut boni viri arbitrato fruatur*'), mentre il parallelo passo di Paolo, sempre riallacciandosi alla massima sabiniana, non fa per nulla cenno a una simile equiparazione (D. 7.1.59.1: '*quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur ad fructuarium pertinet*'; si veda anche *Paul. sent.* 3.6.27*b*): questo equivoco – che appare dovuto ad una certa fretta nella considerazione delle fonti, dato che l'Autore, pur citando puntualmente gli studi palinogenetici sui *libri ad Sabinum* (p. 194 nt. 6 ss.), non richiama per nulla, *in sede materiae*, il parallelo passo di Paolo –, consolida così una erronea prospettiva ermeneutica che risolve il criterio in questione, di per sé alquanto più ampio, nella figura del '*fructus*', in una inesatta percezione che si perpetua nell'esegesi dei molti passi nella cui spiegazione si ricorre ad essa (si veda ad esempio, in relazione a D. 7.1.9.5 – che verrà considerato in seguito –, p. 203).

Questa congerie di impostazioni alquanto riduttive portano dunque l'Autore a soluzioni talvolta gratuitamente non poco tortuose per risolvere i problemi posti dalle fonti: così, ad esempio, poiché in D. 7.1.70.2 Cassio parla del '*pertinere*' dei nati morti all'usufruttuario una volta effettuata la *summissio* senza peraltro qualificarli in termini di '*fructus*', l'Autore deve ricorrere ad una contorta costruzione dogmatizzante – p. 207 – secondo cui essi questi gli spetterebbero come «un *commodum* compensativo del *periculum* della morte del nuovo nato che è accollato all'usufruttuario del gregge prima della *summissio*», concludendo peraltro che «dietro il *carne fetus demortui ad fructuarium pertinere* del maestro sabiniano potrebbe ... celarsi una sua ascrivibilità nel *fructus pecudum*»; non molto diversamente, in D. 7.1.12.pr., il fatto che la facoltà di far legna venga accordata all'usufruttuario in base all'estrinseca circostanza che il dante causa solesse o meno comportarsi in tal modo, non viene visto (p. 136 ss.) come una prospettiva costruttiva che – facendo dipendere l'appropriazione di determinate entità da parte del *fructuarium* non dalle caratteristiche del bene in sé considerato, bensì dal contingente comportamento del soggetto che lo ha preceduto nello sfruttamento della *res* – risulta evidentemente inconciliabile con la obbiettiva qualificazione o meno della cosa in termini di '*fructus*', ma è intesa da Riccardo Cardilli nientemeno che come «un'idea fondamentale ... che plasma il godimento e i limiti di appropriazione di alcuni prodotti del fondo che possono ascrivere ai frutti, sulle consuetudini economiche del proprietario» (p. 138): senza accorgersi che una simile nozione soggettiva di «frutto» sarebbe irriducibilmente contraddittoria rispetto a quella nozione oggettivamente naturalistica che egli stesso sostiene essere propria del diritto romano sin dai *mores praecedentivirali*.

Ma, soprattutto, la rinuncia a distinguere tra la nozione di '*fructus*' e quanto nelle varie ipotesi l'usufruttuario può fare proprio conduce a risultati interpretativi piuttosto imbarazzanti in relazione ad un frammento in cui Ulpiano (17 *ad Sab.*, D.7.1.7.1) attribuisce all'usufruttuario le *aedes* sottratte al vicino attraverso il meccanismo della *cautio damni infecti*: dopo aver richiamato nel *principium* il criterio generale, probabilmente già enunciato da Sabino, secondo cui '*usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet*', il giurista procede nel § 1 ad una esemplificazione di tale regola, considerando in particolare quei redditi e quelle '*obventiones*' che non sono propriamente «frutti» ('*rei soli, ut puta aedium, usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt. unde etiam mitti eum in possessionem vicinarum aedium causa damni infecti placuit, et iure domini possessurum eas aedes, si perseveretur non caveri, nec quicquam amittere finito usu fructu. hac ratione Labeo scribit nec aedificium licere domino te invito altius tollere, sicut nec areae usu fructu legato potest in area aedificium poni: quam sententiam puto veram*'): nonostante la citazione di Sabino, ammesso che sia in effetti tale, risulti soltanto iniziale, e quindi non da porre necessariamente in relazione a quanto enumerato nel § 1, dove per di più ci si rifà nel finale a Labeone, e nonostante la dottrina individui qui appunto una non coincidenza tra quanto spetta all'usufruttuario e quello che rientra nella nozione giuridica di «frutto», come tra l'altro affermava esplicitamente Giuseppe Grosso, l'Autore insiste a riferire il § 1 all'elaborazione di Sabino, sostenendo (p. 150 ss.) «che ciò non toglie, però, che in

una prima fase *l'in fructu esse* sia stato lo strumento per delimitare ciò che spetta all'usufruttuario» – solo dopo l'età labeoniana, infatti, ciò che spetta al *fructuarius* si sarebbe emancipato dalla nozione di «frutto» – e che dunque in origine «i giuristi operano in base ad un ampio concetto di *fructus aedium* nel quale si ascrive ogni *reditus ex aedibus*» (p. 153 nt. 56). In realtà, se non si vuole a tutti i costi vedere come inscindibile rispetto al *principium* il § 1 di D. 7.1.7, la soluzione di attribuire al *fructuarius* le *aedes* sottratte al vicino che non presta la *cautio* non costituisce altro che una conseguenza del riconoscimento al titolare dello *ius in re aliena* della legittimazione ad agire con lo strumento della *cautio damni infecti*: una volta che gli si riconosca la facoltà di esperire tale mezzo di tutela, è chiaro che l'attribuzione ad esso della *possessio* dell'immobile non è altro che una inevitabile conseguenza della *missio in possessionem ex secundo decreto*, senza aver nulla a che vedere con una invero singolare sussunzione della casa del vicino nella nozione di '*fructus rei*' (concezione che in ogni caso, secondo Riccardo Cardilli – p. 292 – non sarebbe più presente in Ulpiano); ma se si vuole a tutti i costi considerare tale attribuzione in termini di '*fructus*', si giunge al risultato paradossale di postulare che il diritto romano avrebbe già raggiunto qualcosa di assai prossimo al concetto di «frutto civile» già in età repubblicana, per poi perderlo in età classica e riconquistarlo faticosamente a partire dall'età giustiniana, in completo contrasto con quanto lo stesso Autore sostiene in generale. Tale curiosa equiparazione, del resto, non fa neppure fare una bella figura ad Ulpiano, che, se si accetta tale lettura del frammento, non procederebbe secondo linee argomentative molto perspicue: ma è proprio questa la strada che Riccardo Cardilli sceglie pur di sostenere la propria singolare teoria, che infatti lo costringe ad affermare a più riprese che Ulpiano, rozzamente, «falsa il significato» e «forza» in maniera «problematica» la posizione di Sabino, estendendola a ipotesi ad essa estranee e collegandola, in particolare, ad una affermazione labeoniana che si colloca su piani alquanto differenti da essa (p. 150, *sub titulo*, e p. 153 s.). Tuttavia, pur maltrattando non poco l'intelligenza di Ulpiano, in tal modo l'Autore riesce ad arrivare a quanto più gli premeva, ossia a rinvenire già in Sabino, nientemeno, una prova dello «svilimento del requisito della periodicità» del '*fructus*', da accostare (p. 201 ss.) a quanto ottenuto dallo schiavo attraverso l'attività gladiatoria (*Vat. fr.* 72.2), dato che, per fortuna, il fenomeno dell'immissione nel possesso della casa del vicino non è evento che si ripeta con soverchia regolarità nel tempo.

Del resto, tale monolitica pretesa di assoluta centralità della nozione di «frutto» nell'interpretazione dei frammenti relativi all'esercizio dello *ius utendi fruendi* conduce Riccardo Cardilli a non lievi forzature del testo ulpiano anche in altre occasioni, come in particolare avviene a proposito di D. 7.1.9.5 (Ulp. 17 *ad Sab.*), relativo ai proventi della caccia e della pesca (*'aucupiorum quoque et venationum reditum Cassium ait libro octavo iuris civilis ad fructuarium pertinere: ergo et piscationum'*): poiché qui non risulta in effetti trattarsi di un fondo espressamente destinato alla caccia o alla pesca (e non tanto, come reputa l'Autore – p. 204 –, perché «Cassio non dice che gli animali catturati nel fondo in usufrutto sono come tali frutto del fondo»), quanto piuttosto perché in tal caso il problema non si porrebbe neppure in tali termini, costituendo in tal caso la caccia o la pesca appunto immediato esercizio dello *ius utendi fruendi*), il ragionare dogmaticamente in termini di '*reditus*' e di periodicità del '*fructus*' conduce la monografia in esame a postulare che il frammento si riferisca ad «occasionalità, non periodici, redditi derivanti dalla caccia di uccelli e selvaggina nel fondo in usufrutto», nel senso che il giurista «ha forse presente un terreno nel quale il *fructuarius* lascia che, talvolta, terzi caccino la selvaggina dietro corrispettivo», per cui «il reddito percepito, né periodico, né sicuro, viene comunque considerato un frutto che può percepirsi dal fondo» (p. 203: si noti tra l'altro come, a proposito di D. 22.1.6 – p. 217 s. – l'Autore affermi invece più congruamente che «se non si tratti di un fondo destinato alla caccia degli animali, l'usufruttuario non potrà pretendere alcunché da chi abbia catturato animali selvatici cacciando selvaggina nel fondo in usufrutto»). Questa invero complicata e piuttosto gratuita esegesi, che sembra non considerare neppure la troppo banale circostanza che l'usufruttuario possa semplicemente mangiarsi quanto cacciato o pescato o al limite venderlo, è strumentale alla necessità dell'Autore di inquadrare il passo tra le testimonianze dell'esistenza di frutti non periodici; nella ricordata tendenza a ricondurre al concetto giuridico di «frutto» qualsiasi

affermazione dei *prudentes* relativa alle facoltà del *fructuarius*, non ci si sofferma a considerare che che il provento della caccia e della pesca (*aucupiorum et venationum reditus*) è cosa diversa da quanto ricavato dalla concessione a terzi di cacciare o pescare nel proprio terreno, e consiste semplicemente negli animali da piuma o da pelo ovvero nei pesci (tantopiù che, in linea di massima, nel diritto romano la caccia sul terreno altrui rimane libera tranne espresso divieto, per cui l'ipotesi che il frammento alluda ad una concessione a terzi diviene ancor più farraginoso e remota), né soprattutto sorge il sospetto che, semplicemente, qui Cassio ed Ulpiano volessero soltanto dire che l'usufruttuario può legittimamente cacciare e pescare nel fondo oggetto del suo diritto e quindi far proprie le prede catturate, senza che nella prospettiva da essi seguita rilevasse minimamente il problema se egli le fa proprie a titolo di occupazione (come sembra assai più probabile) o di frutto (per tal verso, anzi, non riesce a scorgersi nessuna *dissensio prudentium*, come invece vorrebbe Riccardo Cardilli – p. 218, 349 e 395 – tra tale passo e D. 22.1.26, di Giuliano, ove si nega che il provento della *venatio* sia frutto, se non nei fondi specificamente destinati a tale attività, ricomprendendosi invece la normale selvaggina nelle *res* fatte proprie per occupazione): un sospetto che in effetti appare suffragato dal fatto che in tale contesto Ulpiano non si occupava soltanto della nozione di *'fructus'*, ma più in generale dei limiti dello *ius utendi fruendi*, tanto che il § 4 di D. 7.1.9, immediatamente precedente al passo in esame, tratta dell'estensione dell'usufrutto agli incrementi alluvionali del terreno ma non all'*insula in flumine nata* (il filo conduttore del discorso ulpiano nella parte che qui interessa del XVII libro *ad Sabinum*, infatti, lungi dall'essere esclusivamente la nozione tecnica di *'fructus'*, è in generale il *'pertinere'* al titolare dello *ius in re aliena* di determinate utilità, si tratti di un *'fructus'* o meno: venendo così considerati in D. 7.1.7, 9 e 12, senza soluzione di continuità, i proventi della caccia e della pesca e lo sfruttamento degli incrementi della *res fructuaria*, l'uso degli alveari e delle miniere, le *obventiones* derivanti dalla cessione dell'esercizio del diritto, che appunto non sono *'fructus'*, o ancora la *possessio* della *aedes* conseguente l'esperimento della *cautio damni infecti* e il legname necessario alla *refectio* della *villa*).

In ogni caso, al di là di tali pur non del tutto circoscritti problemi, per quanto riguarda i successivi capitoli – V, VI e VII –, dedicati a Giuliano, a Gaio e ai *prudentes* di età severiana, la trattazione diviene in effetti alquanto più convincente, anche in vista del contesto giurisprudenziale più adulto e tecnicistico e, quindi, della dimensione più spiccatamente dogmatica dei testi esaminati, alquanto più consoni alle prospettive e alle metodologie dell'Autore. Anche qui, tuttavia, emerge talvolta la ricordata tendenza a voler come complicare a tutti i costi, attraverso una esasperata lettura problematica quanto inutile, le affermazioni più innocue dei giuristi antichi. Così, per limitarsi ad un esempio estremo quanto divertente, appare significativa l'analisi di D. 22.1.2, in cui Papiniano (6 *quaest.*) afferma che nell'obbligazione di *'res cum omni causa praestare'* sono da ricomprendere i frutti e i parti delle schiave, e che quindi *'captos fructos partumque editum restitui oportet'*; a proposito di quest'ultima espressione, l'Autore si sente in dovere di specificare che «la precisazione che il *partus* sia nato è strettamente collegata alla concezione papiniana del *partus ancillae* (*'partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur'*; D.35,2,9,1)»: e a questo punto – a parte il fatto che la definizione papiniana di *'homo'* riguarda qui in generale qualsiasi essere umano (*'... nec immerito, quia partus ...'*) e non soltanto lo schiavo messo al mondo dall'*ancilla* – la precisazione che il *partus* sia *'editus'* (magari un po' pleonastica, ma verosimilmente da ricollegare alla polisemia del termine *'partus'*) sembrerebbe in realtà da ricollegare molto più semplicemente all'indubitabile fatto che, se il *partus* è *'nondum editus'*, non vi è certo alcun specifico obbligo di restituzione. In effetti, talvolta persino simili fattori pur banali sono da non dimenticare nell'esegesi di un passo.

E' poi il caso di notare, dal mio particolare punto di vista, un'impresione in cui l'Autore incorre nel riferire quanto da me sostenuto a proposito di D. 50.16.77 (Paul. 49 *ad ed.*: *'Frugem' pro reditu appellari, non solum frumentis aut leguminibus, verum et ex vino, silvis caeduis, cretifodinis, lapidicinis capitur, Iulianus scribit. 'fruges' omnes esse, quibus homo vescatur, falsum esse: non enim carnem aut aves ferasve aut poma fruges dici. 'frumentum' autem id esse, quod arista se teneat, recte Gallum definisse: lupinum vero et fabam fruges potius dici, quia non arista, sed siliqua continentur. quae Servius apud Alfenum in frumento contineri putat*): egli

afferma – p. 231 nt. 15 – che io, in ordine alla correzione dell'*inscriptio* del frammento operata da Otto Lenel – secondo cui il passo non è tratto dal XLIX libro *ad edictum* di Paolo bensì dal LIX – sostenga che il testo sia tratto in parte dal primo e in parte dal secondo di tali due libri: in realtà («*Fruges fructusque*», p. 68 ss. e nt. 127 ss.) io dicevo semplicemente che nel caso anche una simile ipotesi sarebbe stata percorribile, ma che in ogni caso il problema palinogenetico in questione appare risolversi in una semplice svista di Otto Lenel, dato che l'attribuzione del frammento al XLIX libro *ad edictum* di Paolo non viola per nulla l'ordine bluhmiano riscontrabile in D. 50.16: cosicché Riccardo Cardilli (p. 221 e nt. 14) non prende in considerazione quanto io dicevo circa l'esattezza della *inscriptio* e segue la correzione di Otto Lenel senza tener conto della possibilità di altre soluzioni che accettino la dicitura recata dal Digesto.

Destà invece una certa delusione la trattazione del concetto di «frutto» nel periodo postclassico e giustiniano, dove – di fronte alla congerie non sempre ordinata di fonti tramandateci dalle varie raccolte di *leges* e di *iura*, che riprendono adattandole le fonti classiche e le rielaborano, sovente interpolandole, seguendo nuovi principii e contesti generali – lo studio di una qualsiasi figura dogmatica dovrebbe seguire metodi specifici e diversi da quelli usati nell'esame delle fonti classiche, fondandosi in particolare non più soltanto sull'esegesi della singola fonte, ma anche sulla considerazione del quadro di insieme nonché su aspetti metagiuridici, e soprattutto linguistici, che possano aiutare, nell'assenza di esplicite teorizzazioni dogmatiche, a rintracciare le concezioni di fondo sottese al lavoro delle scuole e dei compilatori (necessità del resto parzialmente ammessa dall'Autore nell'affermare programmaticamente – p. 367 – che «una chiave di lettura dell'epoca postclassica è possibile soltanto se ci si pone in una prospettiva articolata, nella quale singoli indizi e lontane eco restano un po' fili slegati di una realtà complessa, difficilmente adatti a costituire una qualsiasi trama»).

Per quanto riguarda l'età postclassica, Riccardo Cardilli tuttavia procede attraverso una ordinata analisi di singole fonti, tra l'altro non sempre molto interessanti se considerate in se stesse, e in ordine ai mutamenti che hanno interessato in il significato generale di '*fructus*' si limita a rilevare un sovente uso atecnico del termine, fermandosi però ai casi in cui si ha un «concetto esteso» del termine (p. 339) ossia «un uso traslato di *fructus* che attinge a modalità d'uso comuni e non tecniche, idoneo a comprendere qualsiasi vantaggio o beneficio» (p. 338), senza considerare il fatto che nelle fonti postclassiche il termine '*fructus*' conosce accezioni ben più lontane dal suo significato giuridico, giungendo a indicare il «bene spirituale», il «ricavo morale» o il «vantaggio» di qualsiasi tipo ottenibile da una determinata azione, in un uso del termine assai prossimo, in particolare, a quello dei coevi scrittori cristiani («*Fruges fructusque*», p. 134 nt. 197): e d'altra parte tende a limitare tale caratteristica, che nella produzione legislativa del tardo impero sembra assumere dimensioni invero generalizzate, sostenendo riduttivamente (p. 324 ss., specie *sub titulo*, e p. 396, nelle «considerazioni finali») che «nella prassi provinciale è presente la tendenza a svilire i requisiti tradizionali della categoria», tendenza che si rintraccia solo «talvolta» nella legislazione imperiale, mentre «la scuola al contrario conserva, tramandandola, la costruzione dei giuristi classici». Tra l'altro, se sotto quest'ultimo aspetto si dovrebbe verificare se le scuole rispettano la nozione tecnica di '*fructus*' solo quando lavorano su materiali ricevuti dai *prudentes* classici ovvero in assoluto, il fatto che per quanto riguarda la legislazione imperiale vengano ricordate solo costituzioni che ricorrono a tale termine in senso tecnico o in un'accezione non molto distante da esso fa sì che si perda del tutto di vista l'aspetto forse più significativo del linguaggio delle costituzioni imperiali, ossia il fatto che l'accezione giuridica e quella comune della parola vengano indifferentemente usate dal legislatore, lasciando che sia il contesto normativo a far comprendere in quale dei due significati essa è usata: così, ad esempio, Riccardo Cardilli sottolinea – p. 360 – come in C.Th. 4.19.1, del 380 d.C., la cancelleria di Valentiniano II, trattando delle '*usurae in duplicium centesimarum*' conseguenti alla prolungata inottemperanza alla sentenza, consideri i frutti e gli interessi secondo schemi coerenti alla tradizione classica, ma non viene ricordato uno dei casi più interessanti di segno opposto, ossia come sotto lo stesso imperatore venga emanata una costituzione in cui l'uso atecnico del termine '*fructus*' ha dato luogo a de-

gli interessanti problemi interpretativi, ossia C.Th. 13.1.12, del 384, ove i prodotti del fondo venduti occasionalmente al dettaglio dal proprietario vengono genericamente indicati con tale termine, ricomprendendovi altresì i nati delle schiave: cosa che aveva fatto credere a taluno addirittura che il diritto postclassico considerasse il *partus ancillae* come *'fructus'* («*Partus ancillae*», p. 199 s.).

Del resto, tale trascurato atteggiamento verso simili problemi linguistici, pur per nulla secondari in una ricerca avente ad oggetto il concetto di *'fructus'* e quindi le sue trasformazioni storiche, appare immediatamente ricollegarsi alla scarsa attenzione che l'Autore dedica alla non certo secondaria circostanza che il significato di tale termine, com'è noto, risulta alquanto diverso nonché meno variegato nel lessico giuridico rispetto al vocabolario comune (aspetto, questo, che se non altro avrebbe dovuto indurre a soffermarsi sulle modalità diacroniche di tale divaricazione tra l'accezione tecnica e quelle generali della parola *'fructus'*).

Ma quello che più stupisce nell'ultima parte della monografia in esame è in ogni caso la tendenza a considerare perfettamente interscambiabili tra loro il lemma latino *'fructus'* e il segno greco *καρπός*, rinunciando così, in una maniera che ancora una volta si potrebbe dire programmatica, a cogliere quelle differenze semantiche tra i due termini che, verosimilmente, dovettero rendere alquanto più facile ai giuristi di lingua greca il superamento della nozione classica di *'fructus'* e la sua dilatazione verso un significato giuridico assai più prossimo al moderno concetto di «frutto civile» («*Fruges fructusque*», p. 132 ss.): se in effetti in alcune fonti, in un contesto relativamente tecnico, i due segni possono corrispondere nel loro significato, sia pur nel caso per vari versi più ampio rispetto alla nozione classica (si veda ad esempio il confronto condotto da Riccardo Cardilli – p. 355 s. – tra due documenti relativi a negozi privati), un esame più approfondito delle *Novellae* giustiniane (che l'Autore affronta per sommi capi – p. 388 s. – concludendo che esse tramandano «una nozione rigorosa di frutto, sebbene emerga una tendenza della prassi a considerare frutto di una cosa qualsiasi reddito periodico di essa») avrebbe forse rivelato come non solo abbondino in esse usi del tutto traslati del termine, ma altresì che, mentre nelle costituzioni di lingua latina il termine *'fructus'* fatica a superare l'antica dimensione naturalistica, è in quelle greche che *καρπός* assume molto più agevolmente tale lata accezione indicante in generale i possibili redditi di una *res* («*Fruges fructusque*», p. 134 nt. 197). D'altra parte, la metodologia seguita da Riccardo Cardilli non sembra in generale tributare soverchia importanza alle fonti bizantine, affrontate in misura alquanto contenuta in sole due pagine – p. 389-391 – e guardando soltanto ai passi corrispondenti o agli scolii connessi alle fonti giustiniane più significative tra quelle relative alla nozione tecnica di «frutto». Si potrebbe pensare che io – avendo quantomeno sollevato tale problema nelle mie note su D. 50.16.77 – sia in qualche modo prevenuto verso chi non segua analoghe vie di indagine: ma in realtà, se tale questione linguistica si poneva di per sé come inevitabile anche in una contenuta indagine sulle origini della nozione romana di *'fructus'*, parrebbe a maggior ragione legittimo attendersi che il problema venga affrontato in una monografia generale su tale figura quando si arriva ad esaminare *ex professo* le vicissitudini che essa conosce nel diritto di matrice orientale.

Per quanto riguarda infine la trattazione specifica circa la Compilazione, l'indagine di Riccardo Cardilli si incentra sulla ricerca di una specifica nozione giustiniana di «frutto» che, pur riallacciandosi alle elaborazioni dei *prudentes* classici in materia, rappresenti in qualche modo una ulteriore messa a punto di tale figura, e costituisca quindi l'originale contributo dei giuristi orientali alla storia di questo concetto dogmatico. Constatato come le scuole orientali conservino una rigorosa nozione di «frutto» mutuata dalle fonti classiche, egli rintraccia quindi un'originale «sforzo interpretativo relativo alla nozione di 'frutto'» in alcune costituzioni giustiniane, specie relative alla restituzione della dote (p. 370 ss.), dove in particolare sono riscontrabili significative corrispondenze con il linguaggio ulpiano, ma soprattutto si nota una «concezione che le scuole di oriente hanno già maturato dallo studio delle opere classiche, che viene a suggellare la consapevolezza della profonda distanza tra frutti in senso naturale e nozione giuridica di frutto», testimoniando così «un legame di continuità e di sviluppo dogmatico ininterrotto col diritto classico».

Questo notevole livello tecnicistico si manifesterebbe altresì nei *Digesta*, come mostrerebbe

soprattutto la rubrica *'de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora'* (D. 22.1), analizzata a fondo dall'Autore sin nei suoi aspetti palinogenetici e nella successione dei frammenti in base all'*ordo bluhmiano* (p. 372 ss.): dimostrando così la sottesa coerente visione dogmatica che distingue ancora, secondo la costruzione ulpiana, i «frutti» dalle «cose che fanno le veci dei frutti», come in particolare mostrerebbe la preterizione da parte dei compilatori del frammento papiniano (pur non secondario e d'altra parte collocantesi in luoghi dell'opera del giurista classico senz'altro esaminati dai compilatori nell'elaborazione di tale titolo) conservatoci in D. 6.1.62 (*'... nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur ...'*), che esprimeva indirizzi interpretativi e concezioni dogmatiche contrastanti con quella seguita dai compilatori in tale rubrica. Tuttavia, al di là della fragilità di quest'ultimo argomento *e contrario*, invero ai limiti del «fantagiuridico», lascia un po' perplessi la pretesa conclusività del carattere paradigmatico di tale rubrica, dove in effetti la particolarità dell'argomento – in cui del resto quello dei *'fructus'* compare in un contesto assai più ampio che va ben oltre gli specifici problemi posti da tale figura – implica senz'altro, in qualsiasi ordinamento, una regolamentazione sicura e coerente in vista della quotidianità dei problemi in questione.

In effetti, per giungere a risultati presentati come potenzialmente definitivi circa la concezione della figura di «frutto» nel diritto giustiniano sarebbe verosimilmente stato necessario un esame alquanto più vasto delle fonti a disposizione e soprattutto un'indagine, oltre che innanzitutto lessicografica, incentrata eminentemente sulla sistematica degli interventi operati dai compilatori quanto meno su alcuni dei passi più significativi in materia: non si può perciò essere del tutto d'accordo con la prospettiva metodologica seguita dall'Autore, che appare per lo più limitarsi a trascrivere nella vastissima congerie degli argomenti disponibili quelli che meglio appaiono adattarsi alla tesi da lui sostenuta, senza soverchiamente preoccuparsi delle facili obiezioni che le stesse fonti da lui esaminate appaiono di per sé prospettare.

Così, nell'esame delle due rubriche conclusive del Digesto (p. 378 ss.), non sembra molto definitiva la tesi secondo cui D. 50.17.72, corrispondente a D. 22.1.49 (Iav. 3 *post. Lab.*: *'Fructus rei est vel pignori dare licere'*), non sarebbe stato collocato dai compilatori nella rubrica *'de verborum significatione'* (D. 50.16), che pur avrebbe rappresentato il «contesto a cui doveva più naturalmente afferire», in quanto esso esprimeva un'«ampia nozione di frutto» non in linea da quella professata dai giustiniani in tale titolo, cosicché il frammento sarebbe invece stato inserito, «svilendone la portata in chiave di significato concettuale», nella rubrica *'de diversis regulis iuris antiqui'* (D. 50.17), ove evidentemente, a giudizio dell'Autore, non era più necessario seguire in maniera tanto stringente la nozione di «frutto» divisata dai compilatori (né il fatto, su cui insiste l'Autore, che tale frammento sia tratto dalla massa sabiniana, mentre i frammenti più significativi in materia contenuti in D. 50.16 siano invece escerpiti da quella edittale, sembra rendere molto più convincente il discorso in esame). D'altra parte, dei due frammenti che vengono giudicati in linea con la concezione di frutto dei compilatori, il primo, ossia D. 50.16.121 (Pomp. 6 *ad Q. Muc.*: *'usurae pecuniae, quam percepimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione'*) può essere entro certi limiti significativo agli effetti di una concezione coerente di tale figura, tenuta rigorosamente distinta dagli interessi pecuniari, ma se inteso in tutte le sue implicazioni andrebbe per vari versi piuttosto «strette» alla complessiva visione giustiniana della figura dei «frutti» che, quando svincolata dal riferimento a materiali classici, tende in realtà a superare tale nozione strettamente «organica» della nozione (come testimoniano in particolare le *Novellae* di lingua greca): la seconda, ossia il ricordato D. 50.16.77, per un verso appare effettivamente testimoniare, nel suo *incipit* (cui non a caso si limita qui – p. 380 – la citazione dell'Autore), la concezione di «frutto» come «reddito» fatta propria dai giustiniani (*'fructus pro redditu appellari'*), ma se considerato nella sua interezza, al contrario, date le varie antinomie risultanti da un'operazione di sutura centonatoria non ben conclusa e l'importanza in esso data a questioni ormai del tutto superate, appare semmai denotare un certo disinteresse dei compilatori verso simili problemi, in quanto essi non avrebbero certo lasciato simili incongruenze in un passo per loro decisivo qualora, come vorrebbe Riccardo Cardilli, avessero tenuto tanto a costruire una rubrica informata ad una «scelta» di carattere «coerente e fondata su una precisa concezione dogmatica» (p.

379).

In questa prospettiva ermeneutica, l'ansia di dimostrare attraverso i testi più acconci le proprie tesi ricostruttive porta l'Autore a dare un'importanza centrale agli elementi in sintonia con le sue posizioni, trascurando nel caso gli squarci problematici alquanto vasti che le fonti esaminate aprono. Così, nell'esame delle *Institutiones* giustinianee (p. 380 ss.), l'indagine si apre insistendo su come tale opera costituisca, com'è noto, un punto di vista privilegiato per rintracciare i reali intenti normativi e le concezioni di fondo dei giustiniane, che qui trovano una più agevole espressione, non trattandosi più di lavorare sulla base di materiali precedenti come avviene invece nel Digesto nonché nel Codice (e viene da chiedersi come mai, in base a tale impostazione metodologica, l'Autore dia invece tanto poco spazio, come si è visto, alle *Novellae*); e su tali basi si procede quindi con l'esame di *Iust. inst.* 2.1.35-38, soffermandosi soprattutto nell'esegesi del § 35 ('*si quis a non domino, quem dominum esse crederet, bona fide fundum emerit vel ex donatione aliare qua iusta causa aequae bona fide acceperit: naturali ratione placuit, fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura. et ideo si postea dominus supervenerit et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. ei vero qui sciens alienum fundum possederit non idem concessum est. itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere*'), dove si afferma che il possessore di buona fede fa propri i frutti percepiti e consumati prima della lite '*pro cultura et cura*': motivazione che appare facilmente accettabile come tentativo di messa a fuoco della *ratio* di massima della specifica regola a vantaggio del *bonae fidei possessor*, ma, se interpretata come generale «*naturalis ratio*» dell'acquisto dei frutti nella prospettiva degli interpreti giustiniane o comunque di alcuni esponenti di spicco quali Doroteo, come tende a fare l'Autore (p. 382 ss.), conduce inevitabilmente a situazioni problematiche alquanto ardue da superare, dato che tale motivazione, se la si legge nel senso di far dipendere l'acquisto dei frutti dal lavoro e dall'attenzione prodigati per la loro produzione, si risolve inevitabilmente in una restrizione del concetto di '*fructus*' ai soli «frutti industriali», ossia a quelli ottenuti attraverso l'attività dell'uomo, con una esclusione dei frutti «spontanei» che non sembra trovare agevoli riscontri nella concreta disciplina romana – nonché specificamente giustiniana – di tale tipo di acquisto, dove nessuno sembra negare al possessore di buona fede o all'usufruttuario la facoltà di raccogliere i funghi o le more che trovi nei boschi del fondo ovvero, ad esempio, di raccogliere materiale dai canneti o da altre piante palustri (e in effetti, stando alla lettera del passo in questione, la locuzione '*pro cultura et cura*' non va necessariamente riferita ai frutti, potendo di per sé venire intesa in relazione alle attività che il possessore ha in generale destinato al fondo nel suo complesso). Del resto, per comprendere appieno l'enfasi data dai compilatori a questi aspetti connessi alla diligente amministrazione dei propri beni, si dovrebbero verosimilmente considerare, più che gli aspetti specifici della nozione di «frutto», i problemi che, dalla disciplina postclassica dell'*ager derelictus*, arrivano alle non poche affermazioni del *Corpus Iuris* circa i doveri di gestione della proprietà individuale in sintonia con i fini generali dello Stato e soprattutto con le sue pretese tributarie: si veda ad esempio, in *Iust. inst.* 1.8.2, a proposito delle sanzioni per chi incrudelisce sul proprio schiavo, l'osservazione generale secondo cui '*expedit rei publicae, ne quis res sua male utatur*' (e in effetti, come nota lo stesso Autore più avanti – p. 398 s. –, esaminando la *gl.* '*non habendam*' a D. 6.1.35.pr., l'unica effettiva applicazione possibile della nozione di «frutto industriale» si ha soltanto, com'è del resto ovvio, coniugandola per un verso a quella di «frutto naturale» – o spontaneo –, e giustappo-
nendola in seguito, sull'altro versante, a quella di «frutto civile»).

Poggiando su simili elementi, in ultima analisi parziali e in non poca parte non dimostrati sino in fondo, risulta inevitabile che le conclusioni recate dall'Autore in ordine al *Corpus Iuris* (p. 391 s.) non convincano appieno, e che appaia in qualche modo eccessivamente ottimista l'affermazione secondo cui, nonostante che «soprattutto nel Digesto compaiano nozioni diverse che si presentano come antinomie rispetto alla nozione» fatta propria dai compilatori, «è riconoscibile la presenza di una nozione unitaria che possiamo qualificare come rigorosa e costruita essenzialmente sulla concezione sabiniana, così come precisata da Giuliano, rafforzata dalla distinzione ulpiana tra frutti in senso proprio e cose che fanno le veci di frutti»: infatti, se come riconosce l'Autore sono proprio «le antinomie» presenti nella Compilazione a costituire i futuri «elementi di sviluppo nella tradizione

romanistica», che porteranno in particolare alla nozione di «frutto civile», questo appare avvenire soprattutto in vista del fatto che la concezione cui si ferma la ricerca in esame risulta in realtà, anche se sovente seguita dai compilatori del Digesto, alquanto più ristretta della nozione di «frutto» (καρπός) che è agevole riscontrare in altri luoghi, e specialmente nelle *Novellae*, e che costituisce la reale concezione che i bizantini hanno ormai di tale figura dogmatica: e non a caso anche i glossatori, profondi conoscitori del *Corpus Iuris* nella sua sistematica generale, si riallaccarono direttamente ad essa, pur meno evidenziata a livello definitorio, senza fermarsi alle rigorose concezioni classiche, pur enfatizzate dai compilatori nella *sedes materiae*.

Esaurite queste notazioni particolari, resta infine da dire come sarebbe del tutto errato ritenere, in base loro giustapporsi in una serie per così dire di critiche alla monografia in esame, che il mio giudizio complessivo sul libro di Riccardo Cardilli sia in qualche modo negativo. In effetti, in queste note che vogliono essere semplicemente appunti di lettura, senza per nulla ambire alla dignità di una «recensione», è ovvio come l'esposizione conduca inesorabilmente a sottolineare, in una prospettiva dialettica, i punti di contrasto rispetto alla ricostruzione presentata dall'Autore, lasciando in qualche modo in ombra i pur ben più numerosi aspetti in cui chi legge concorda pienamente con quanto esposto dal libro: ma è peraltro ovvio che, in una critica come in una discussione, affinché si possa avviare un cosiddetto dibattito senza rifiutare *in toto* le opinioni della controparte è necessario che i punti di contatto superino, e di gran lunga, le questioni su cui si hanno opinioni divergenti. Né questo caso fa eccezione a tale regola: l'esposizione dell'argomento offerta dal libro di Riccardo Cardilli, nella sua completezza e quindi nell'indubitabile pregio di consentire un esame complessivo delle vicende della nozione di «frutto» dalle origini a Giustiniano, oltre a colmare una deprecabile lacuna della letteratura romanistica offre senza dubbio una ricca congerie di riflessioni sulla non facile materia, e sembra in ogni caso fornire una linea di lettura dell'evoluzione di tale concetto che sicuramente rimarrà fondamentale negli studi in materia, condizionando con la sua esaustività non solo ogni ulteriore indagine su tale nozione, ma altresì qualsiasi studio che tratti uno dei tanti temi in cui la nozione di *'fructus'* svolge un ruolo centrale; e in verità, data l'importanza di tale contributo, si deve sperare che tale ricerca venga portata avanti dall'Autore, magari giungendo ad una nuova edizione di tale monografia che tenga conto dei problemi adesso rilevabili tra i suoi tanti indubbi meriti e si presenti finalmente – a poco più di un secolo e mezzo dalla prima fondamentale opera moderna su tale nozione, dovuta a Gustav Ernst Heimbach – come il paradigmatico studio di riferimento sulla nozione romana di «frutto».

Posta elettronica per romanisti

Progettando una rivista che comparisse prima, durante il corso dell'anno, in un sito Internet, e poi fosse alla fine raccolta in un volume cartaceo, una delle prime e più ovvie idee di cui si era parlato era quella di coniugare tale pubblicazione «on line» con una sorta di rubrica o «forum» di corrispondenza «e-mail», sfruttando in tal modo lo strumento telematico di cui ci si intendeva avvalere anche per consentire a ciascun romanista di mettersi in contatto con ogni altro singolo studioso, ovvero, per così dire, con l'intera comunità scientifica: attraverso il sistema della posta elettronica, e quindi in tempi pressoché reali, chiunque avrebbe potuto fruire di un sistema di comunicazione che, se si fosse affermato e fosse giunto ad essere normalmente applicato, avrebbe senza problema consentito un diretto e continuo rapporto tra chi si occupa della nostra materia (tra l'altro, tale progetto di una rubrica aperta alla discussioni di diritto romano, e soprattutto a pareri su altrui scritti che potevano diventare facilmente alquanto polemici, preoccupò non poco il nostro editore, che sapendo come simili scambi di opinioni possano talvolta degenerare sino a giungere all'invettiva e all'insulto, pretese per tale motivo che nella redazione della rivista vi fosse un cosiddetto «direttore responsabile», in maniera tale che, qualora simili scontri accademici avessero travalicato il limite del penalmente lecito, nella rivista vi fosse in ogni caso chi rispondesse dal punto di vista del diritto criminale

di eventuali delitti, specie «contro l'onore», commessi in tali discussioni cosiddette scientifiche, venendo così coinvolto in eventuali processi insieme all'autore e tenendo dunque del tutto indenne per tal verso l'editore).

L'idea, forse di per sé buona, come sovente accade non teneva in sufficiente conto le concrete difficoltà che, specie all'inizio, avrebbero reso estremamente difficile il diffondersi di una simile abitudine: cosicché, pur immaginando almeno in parte la resistenza ed anzi l'indifferenza che la novità della cosa avrebbe destato in abitudini oggi ormai sempre più radicate (una volta gli scambi epistolari dovevano in effetti essere alquanto più normali anche nell'ambiente accademico), certamente non ci saremmo aspettati il pressoché totale silenzio, interrotto soltanto da qualche rada notazione ironica, che la nostra iniziativa ha incontrato.

A parte le ovvie comunicazioni tecniche che ci scambiavamo con gli autori degli articoli da noi pubblicati, infatti, all'indirizzo «e-mail» della nostra rivista sono soltanto giunti alcuni simpatici ma generici messaggi di complimenti ed incoraggiamento per la novità dell'iniziativa intrapresa, e – a nulla valendo i timidi inviti in tal senso fatti un po' di persona e talvolta sul «foglio romanistico» inviato ogni mese ormai a oltre trecentocinquanta indirizzi di giusantichisti – gli unici «e-mail» a contenuto romanistico che la redazione riceve sono le buffe richieste di informazioni da parte di studenti e laureandi, che con simpatica improntitudine pretendono da noi – senza presentarsi talvolta neppure con un nome e un cognome ed in uno stile telegrafico che lascia invero ben poco spazio a formule di cortesia – delucidazioni nonché ragguagli bibliografici sui più disparati argomenti: talvolta un po' bruschi di fronte all'imminenza di un esame («Contenuto e significato della *lex Irnitana*, per piacere il più presto possibile, perché fra qualche giorno ho un'esame [sic] di diritto romano. Grazie»), talora in relazione a non meglio specificate ricerche che coinvolgono solo marginalmente la nostra materia (come, ad esempio, la richiesta di riferimenti al diritto giustiniano per una «ricerca giuridica sulle origini dell'istituto della sottoscrizione»), più sovente in riferimento ad una tesi di laurea, magari intitolata ai più usuali argomenti istituzionali, dove tra l'altro il più delle volte stupisce il fatto che chi ci scrive pensi a consultarci proprio come primissima approssimazione all'argomento, senza avere ancora svolto alcuna ricerca bibliografica, tanto che spesso l'unico consiglio che si può sensatamente dare è soltanto quello di iniziare col consultare i normali repertori di letteratura romanistica.

Se i messaggi di questo tipo che ci giungono sono già una quantità non trascurabile (all'inizio si era addirittura pensato che si trattasse di mere prese in giro un po' ingenue, dato il loro carattere sovente anonimo e le strane sigle contenute negli indirizzi e-mail, ma rispondendo prima ai più convincenti e poi via via agli altri ci si è dovuti ricredere), di numero non troppo minore sono poi gli appelli che ci vengono inviati, questa volta anche da romanisti, in relazione a manifestazioni politiche, che vorrebbero che noi provvedessimo a divulgare agli indirizzi di cui disponiamo inviti a partecipare a girotondi e ad altre festose contestazioni ovvero a protestare contro gli assedi bolscevichi al palazzo d'inverno, senza che il carattere come si è usi dire scientifico ed accademico della nostra pubblicazione possa menomamente apparire di ostacolo a simili iniziative politiche (più sgradevolmente inquietanti, semmai, le richieste di aderire ad iniziative che vorrebbero boicottare a livello europeo, in vista dei fatti del vicino Oriente, ogni rapporto accademico con gli studiosi israeliani, invitandoci quindi non solo a divulgare tali appelli, ma altresì a non pubblicare i lavori di questi ultimi).

Infine, non sono mancate offerte di collaborazione talvolta un poco strane, ad esempio di studenti prossimi alla laurea, ma che si dichiarano già autori di monografie di diritto romano e greco, pronti a scrivere onniscientemente su qualsiasi argomento giusantichistico che avessimo voluto loro assegnare: senza chiedere – disinteressatamente – alcun compenso pecuniario, ma paghi soltanto della soddisfazione di veder pubblicati in Internet e poi stampati i loro lavori nella nostra rivista; e per altro verso a tutto ciò si aggiunge la continua ricezione di offerte commerciali connesse alla nostra attività, in particolare di organizzazioni che si dichiarano prestidigitatoriamente capaci di fare apparire l'indirizzo del nostro sito in primissima posizione in tutti i motori di ricerca per quanto riguarda la voce «diritto».

Insomma, se ci saremmo aspettati un pur minimo numero di interventi da parte di romanisti su argomenti attinenti alla nostra materia, che invece non c'è affatto stato (ma che in ogni caso mi costringe ancora a fregiarmi contro voglia, come si accennava, dell'altisonante e certo ridicolo titolo di «direttore responsabile», del tutto inusuale alle pubblicazioni della nostra materia), non eravamo assolutamente pronti a dover far fronte a tale considerevole quantità di richieste di informazioni bibliografiche (chi se ne occupa mi dice che in effetti finisce talora con l'instaurarsi un rapporto epistolar-elettronico con il laureando prolungato nel tempo, in cui l'assistenza così fornita richiede un impegno non certo enorme, ma in ogni caso non del tutto trascurabile), né soprattutto avremmo potuto prevedere di essere vittime di richieste *lato sensu* politiche del tutto estranee alla nostra attività redazionale, o tantomeno di dover far fronte a profferte di altro genere (e in particolare di aspiranti studiosi che attraverso noi vorrebbero forse in parte aggirare le consuete trafilie accademiche) da ignorare o declinare quanto più cortesemente possibile.

E tutto questo per tacere i pericoli che l'avere contatti con una notevole massa di indirizzi elettronici crea dal punto di vista degli attacchi di cosiddetti «virus» informatici, che com'è noto ormai non partono più a nome del titolare del «computer» infetto, ma prendendo un nome a caso dal suo indirizzario: cosicché, pur essendo provvisti di sistemi «antivirus» continuamente aggiornati, si rischia egualmente di venire contagiati quando ci si vede arrivare uno strano «e-mail» da parte di un autorevole ed anziano romanista, che mai si sospetterebbe poter essere il veicolo di simili scherzi, e si va tranquillamente a vedere un pur sospetto allegato che altrimenti ci si sarebbe ben guardati dall'aprire, per accorgersi poi che il mittente di cui ci si era fidati non aveva nulla a che fare con l'«e-mail», partito da tutt'altra fonte ed ovviamente contenente qualche «virus». Per altro verso, anche quando non vi sono «virus», vi è egualmente il pericolo degli falsi allarmi che qualcuna si diverte a lanciare, e può capitare che qualcuno ci caschi e ci avverta che, avendolo preso lui, vi è il rischio che tutto l'indirizzario romanistico ne sia stato contagiato, costringendoci così a controlli che per fortuna si risolvono nel trovare che quella determinata «icona» non corrisponde affatto ad un «virus» ma un normale «file» del sistema operativo del «computer». A proposito di scherzi ed altre prese in giro via «e-mail», anzi, credo che tutti ne siano stati vittime, ma quando, come accade a noi, si hanno vari indirizzi conosciuti ad un numero relativamente alto di corrispondenti, il rischio si moltiplica in maniera esponenziale, e d'altra parte tali beffe fanno di tutto per nascondersi dietro parvenze di commossa partecipazione come si è usi dire umanitaria, e riescono così a raggiungere talvolta il loro scopo, perlomeno consistente nel creare interminabili catene di sant'Antonio di ingenui che si sentono virtuosi nel divulgare tali inviti a forme di solidarietà in realtà inesistenti, ma che talvolta aggiungono a tale fine più antipatiche beffe giocate su fantomatiche bambine affette da strane e sconosciute malattie ed altre strazianti storie che dopo un po' si rivelano per fortuna del tutto inventate (è tipico, ad esempio, il caso dell'«e-mail» che parla di poche settimane di vita che rimangono all'ammalato ma che dopo anni e anni continuano ancora tranquillamente a circolare, trovando immancabilmente qualcuno pronto a cascarci).

Ricevendo un po' di tutto, e perdendo molto più tempo di quanto ci si sarebbe potuti aspettare nel vagliare la posta semplicemente da scartare, la vera preoccupazione è semmai che tale situazione non debba con l'andar del tempo via via peggiorare, e condurci a qualcosa di simile – senza voler certo montarci la testa – a quanto esemplificato da Wystan Hugh Auden, circa i rischi del tenere una corrispondenza aperta, all'inizio della sua *Lettera a Lord Byron**: ma per fortuna ad alcuno di noi, fino ad ora, non sono certo ancora giunte richieste di consigli sull'opportunità di incoraggiare o meno la vocazione (qui non letteraria ma semplicemente romanistica) dei propri figli, né tantomeno

*) «Excuse, my lord, the liberty I take /in thus addressing you. I know that you /will pay the price of authorship and make /the allowances an author has to do. /A poet's fan-mail will be nothing new. / And then a lord – Good Lord, you must be peppered, /like Gary Cooper, Coughlin, or Dick Sheppard, // with notes from perfect strangers starting, 'Sir, / I liked your lyrics, but Childe Harold's trash', / 'My daughter writes, should I encourage her?' / sometimes containing frank demands for cash, / sometimes sly hints a platonic pash, / and sometimes, though I think this rather crude, / the correspondent's photo in the rude».

– come avviene in tale elencazione – esplicite domande di denaro o larvate dichiarazioni di pur timide inclinazioni platoniche o ancora fotografie magari piuttosto imbarazzanti. Per quanto riguarda le critiche nel caso alquanto villane sempre ipotezzate da Auden, non è infine escluso che queste comincino presto ad arrivarci.

In ogni caso, non credevamo certo di poter risultare tanto importanti da attirare tanta attenzione, né tantomeno di poter apparire, solo perché aprivamo un sito Internet, una sorta di concorrente a titolo gratuito di note quanto discusse società che offrono agli studenti, a pagamento, assistenza per la preparazione degli esami e per la stesura delle tesi di laurea, e di venire così costretti ad organizzare un pur minimo servizio-informazioni romanistico: quello che invece è del tutto mancato è stato proprio lo scopo che ci prefiggevamo, ossia di incoraggiare i romanisti ad un pubblico incontro epistolare su argomenti riguardanti la loro materia. Eppure, pur nell'insuccesso sinora ottenuto, io continuo a credere – e spero non da solo in quella che un po' pomposamente si potrebbe indicare come la nostra redazione – che una simile idea sia nonostante tutto qualcosa che se realizzato risulterebbe estremamente proficuo negli studi romanistici, sia consentendo un più agevole e quotidiano scambio di idee e di informazioni, utile non solo a livello per così dire accademico ma molto più semplicemente anche per facilitare il lavoro di ricerca, sia, soprattutto, dando adito a pubblicazioni che travalichino le consolidate forme del saggio, della nota e della recensione in cui normalmente si estrinseca la letteratura romanistica sui periodici, permettendo così più duttili e agevoli notazioni in cui lo studioso possa nella maniera più spontanea ed immediata esprimere idee, pareri, quesiti magari anche un poco estemporanei su qualsiasi argomento lo possa interessare, senza la preoccupazione di dare loro forma definitiva e di seguire le forme proprie dei generi abituali di pubblicazione. Ovviamente, tali scritti potrebbero poi venire pubblicati altresì nel volume cartaceo della nostra rivista, qualora il loro contenuto sia adatto e l'autore accetti tale eventualità, permettendo così, nel caso, di superare il carattere effimero della corrispondenza via «e-mail» per ritornare all'usuale, ed in fondo più fidabile, vecchia stampa cui tutti sono abituati (la rubrica «varie» della rivista, in cui questa nota compare, è stata appunto introdotta, forse un po' troppo ottimisticamente, soprattutto a tale scopo).

Tra l'altro, è da sottolineare come un consimile servizio di posta elettronica venga già usato con successo nell'ambito della papirologia, dove ogni studioso può scrivere ad una sorta di «circuito telematico» organizzato dal «Papyrological Bulletin» per chiedere ai colleghi notizie bibliografiche o essere aiutato nel reperimento di copie di documenti o di testi difficili da trovare, ovvero per avere consigli e pareri dagli specialisti di un determinato settore, nonché per abbozzare idee che intende approfondire mettendole sin d'ora a disposizione della comunità che può rispondervi anticipando le proprie osservazioni, o ancora semplicemente per ottenere informazioni di vario genere: d'altra parte, oltre a facilitare attraverso questa rubrica di posta elettronica aperta tutti il reperimento degli indirizzi «e-mail» di altri colleghi, tale sistema di comunicazione «on line» consenta in particolare di mettere a disposizione in anteprima i dati relativi a libri che stanno per essere pubblicati, senza che vi sia bisogno di aspettare la pubblicazione del volume da parte della casa editrice o di averne notizia attraverso i cataloghi di questa o le segnalazioni delle riviste specializzate.

Ancora una volta, dunque, attraverso questa probabilmente del tutto inutile nota, si vorrebbe invitare i cultori delle materie giusantichistiche a scriverci esprimendo pareri ed intervenendo su argomenti di qualsiasi genere nell'ambito delle nostre discipline (e nel caso, in generale, su problemi universitari), soprattutto quando si tratti di brevi notazioni che l'autore non ritiene di pubblicare come veri e propri lavori a sé stanti, magari dando giudizi su libri testé letti e rivolgendo allo scrittore richieste di spiegazioni, ovvero per porre semplicemente un quesito a specialisti di un determinato argomento, o anche solo per informarsi su dove sia possibile materiale di difficile consultazione, magari trovando altresì chi sia disposto a fornirne le fotocopie, e nel caso infine per divagare su temi marginali agli interessi delle sue ricerche: se qualcuno fosse sufficientemente audace da iniziare a scrivere «e-mail» di questo genere, è infatti chiaro come presto si potrebbe mettere in moto, attraverso le risposte alle prime lettere e quindi grazie a quelle nuove innescate da tale esempio, uno

strumento che si potrebbe rivelare alla fine fondamentale per consentire, come si diceva, un più capillare e continuo contatto tra i cultori delle nostre materie: così come appare d'altra parte pressoché evidente che contatti epistolari pubblici di questo tipo, e così la quotidiana presenza di una comunità di studiosi, non possano che incoraggiare e favorire il lavoro del romanista, liberando, specialmente i più giovani, da quel senso di smarrimento in cui può incorrere chi lavori in solitario isolamento, facendogli quasi paventare l'inutilità della propria fatica in un mondo ove il diritto romano ed in generale la cultura antichistica risulta sempre più sovente quasi nella necessità di giustificare la propria presenza.

Del resto, le remore che l'atto di scrivere una lettera che verrà stampata o che comparirà in un sito Internet può suscitare in chiunque non sono per nulla difficili da comprendere, soprattutto in un ambiente come quello accademico: ma questo, sembrerebbe, ancora di più, nell'ambito degli studi giuridici e soprattutto giusantichistici, se già nel 1861 Rudolf von Jhering osservava come «Di tutte o quasi le discipline, arti o mestieri, si trovano lettere: se ne trovano di chimica, di botanica, di zoologia, di musica, eccetera eccetera. Solo la nostra povera scienza giuridica, Cenerentola dello scibile, è rimasta *more solito* a mani vuote ed è in arretrato di almeno venti o trenta anni. Di epistole giuridiche non ce n'è, ch'io sappia, neanche una»; ed anzi tale imbarazzo era già allora tale che lui stesso (che pur poco prima affermava «io dal canto mio, preferisco la più modesta forma epistolare: così, non foss'altro, potrò rivendicare il merito di averla introdotta nel mondo del diritto e messa accanto ai *Parerga*, *Considerazioni*, *Disertazioni*, *Pensieri* e agli altri modi tradizionali con cui un giurista che si rispetti usa portare in pubblico le sue idee»), nella prima delle sei lettere che compaiono in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, e che furono com'è noto pubblicate anonime dalla «*Preussische – e poi Deutsche – Gerichtszeitung*», osservava: «certo come faccia la direzione di questo periodico a sentirselo di pubblicare questa roba non so».

Tuttavia, ancora citando l'autore di *Serio e Faceto*, «se anche il diritto fosse materia ancora più arida ancora più arida di quanto non sia in realtà, non per questo dovrebbe essere impossibile scrivere» lettere di questo tipo (nel caso, «sulle prerogative degli scemi in diritto romano»), magari altresì sfruttando, come faceva Jhering, la forma anonima per esprimere più liberamente il proprio pensiero (tenendosi, ovviamente, nei limiti del cosiddetto penalmente lecito, e magari anche della discrezione accademica: ma a chi ricopre la pur buffa funzione di «direttore responsabile» interessa com'è comprensibile soprattutto il primo aspetto): e in effetti, per chi è abituato a firmarsi da sempre con il proprio cognome, nascondersi sotto un *nom de plume* o senz'altro nell'animato («cosa che spesso amano fare – osservava sempre Jhering – non solo gran signori e cavalieri erranti, ma pure, e per buone ragioni, gli scrittori») potrebbe rivelare inaspettate capacità affabulatorie e nel caso polemiche, tali da consentirgli visioni degli studi giuridici che per primo stupirebbero lui stesso, portando un po' di novità e forse anche un po' di più verace passione, sia pur nel caso faziosa e polemica, che travalochi l'abituale impersonalità, per taluni versi persino un po' raggelante, degli scritti accademici, e giungendo così a smuovere un ambiente che a giudizio di taluno rischia facilmente di divenire un po' stagnante, come scherzava un collega che entrando in istituto chiedeva che novità ci fossero per risponderci subito dopo da solo domandandosi cosa vi potesse essere di nuovo in un luogo dove tutto era più o meno finito da millecinquecento anni.

Ma al di là di tali facili battute, e ferma restando anche la possibilità che determinate lettere possano nel caso (ed ovviamente in misura prudente) venire pubblicate anche senza indicazione del mittente (se non altro per rispetto alla nobile falsariga inaugurata da Rudolf von Jhering), quello che sarebbe veramente importante, tra i tanti temi che tali «corrispondenze romanistiche» potrebbero avere ad oggetto, sarebbe la possibilità che tutti avrebbero di poter divulgare e sottoporre al giudizio e ai nuovi apporti della cosiddetta comunità scientifica idee ed ancor più semplici intuizioni di cui, come sovente accade, si avrebbe intenzione di scrivere, ma in ordine alle quali si sa già che ben difficilmente si avrà il tempo e ancor più la voglia di compiere una ricerca completa: in attesa che tale improbabile eventualità si realizzi, non sarebbe forse sempre e comunque inutile l'iniziare con il comunicare agli altri tale congettura, mettendo in moto, almeno talvolta, un confronto di idee ma-

gari tale da condizionare i futuri studi sull'argomento (e forse con la possibilità di essere invogliati, di fronte alle critiche e ai rifiuti da essa destati, ad iniziare subito quella indagine su di essa che altrimenti sarebbe stata rinviata talvolta anche per sempre).

Come si accennava, è proprio anche per accogliere tali 'subsiciva' che questa rubrica, intitolata con certo poca fantasia «varie», vorrebbe essere nata, raccogliendo nella versione a stampa quelle notazioni inviateci via «e-mail» che per il loro contenuto, a differenza di altre missive di diverso genere, possano rimanere nella cronaca – anche se non necessariamente nella «storia» – della nostra disciplina: e se l'idea di divulgare idee soltanto abbozzate o comunque ancora prive di un adeguato apparato dimostrativo può forse apparire ad una prima considerazione strana e magari persino degna soltanto di facili ironie, si dovrebbe pensare a quante buone intuizioni siano andate perdute nella letteratura romanistica degli ultimi secoli solo perché l'autore, distratto da altri e più immediate interessi, non si preoccupò di scriverne, e talvolta finì financo con lo scordarsene come una vaga illusione legata ad ingenui ottimismo giovanili. In particolare, si potrebbero qui ricordare le parole con cui Salvatore Riccobono, oltre un mezzo secolo fa, iniziava a scrivere il noto articolo intitolato *Le mie colpe* («BIDR.», II-L, 1947, p. 30 ss.), dove vengono poi ripresi vecchi temi di cui da lungo tempo egli avrebbe voluto trattare senza mai riuscirci: «Sia qui consentito all'autore di questa illustrazione di entrare in scena per un momento, non col preciso scopo di riferire sui risultati dei suoi studi, bensì per fare ammenda anzitutto delle sue colpe. Le quali consistono principalmente: nell'aver omesso di rispondere a critiche rivolte da autorevoli romanisti; nel non aver scritto opere preannunciate ed anche citate ...; nel non aver seguito l'impulso che veniva da dentro e della speciale propensione nel campo della esegetica e della dogmatica giuridica»; colpe che sarebbero state «gravissime se fossero tutte da attribuire al libero arbitrio o alla pigrizia», ma che in realtà andavano più semplicemente ascritte, oltre che all'essere a suo giudizio piuttosto «dentro nel lavoro», soprattutto alla «forza degli eventi» che, come egli confessa, inesorabilmente «mi ha condotto a non seguire il programma che mi ero proposto di svolgere sin dai primi anni della carriera scientifica ...», cosicché, gli sembrava, «ho perduto il mio tempo e son passati tutti i gradi dell'età, concludendo ben poco o nulla ...».