

Ferdinando Zuccotti

Vivagni. VIII

I cani e il diritto romano – In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse? – Una nuova ipotesi sulla nascita dello «ius utendi fruendi» – Le origini dell'usufrutto – «Aliud pro alio» ed altri «qui pro quo» – Sul venir meno delle Olimpiadi antiche – Saggi, parole, libertà

I cani e il diritto romano

Nel tornare al pressoché annuale compito estivo di stendere alcune recensioni (o meglio alcune note in cui si intersecano, a vere e proprie osservazioni critiche su nuovi libri, altre più late considerazioni originate dalla loro lettura), devo innanzitutto notare, purtroppo, una sorta di inversione del rapporto tra regola ed eccezione che ormai ha pressoché ribaltato la mia visione della produzione romanistica: nel senso che, anche se altresì quest'anno vi sono scritti del tutto degni di un giudizio positivo, quello che mi accorgo essere ormai cambiato è il mio atteggiamento nel prendere in mano e leggere le nuove pubblicazioni, scritte per la massima parte da cosiddetti giovani, dato che impercettibilmente il mio pessimismo è divenuto tale che non mi stupisco più delle brutture in cui mi capita di imbattermi e sin dall'inizio me le aspetto tranquillamente, meravigliandomi anzi che escano ancora, per fortuna, non poche ricerche degne di essere scritte e lette, e considerando tali aspetti positivi, pur se come in queste settimane pressoché preponderanti in confronto a quelli negativi, in ogni caso in un rapporto appunto di eccezione rispetto a questi ultimi, ormai assurti più o meno a regola indiscussa dell'odierna produzione romanistica.

Non so fino a che punto tale mio atteggiamento istintivo sia giustificato, anche in quanto, com'è ovvio, la riprova della esattezza o meno di tale sensazione sta in massima parte solo in ciò che avverrà nel futuro, ma – se inevitabilmente rimpiango i tempi in cui mi aspettavo opere di un certo livello e mi scandalizzavo delle brutture che mi capitava di leggere – è in ogni caso facile rendersi conto di come un simile timore di fondo non costituisca altro che una prudenziale risposta istintiva alle continue sorprese negative che, su un più lungo periodo, tali letture riservano, in un progressivo e di anno in anno continuo superamento, nella maniera più inaspettata, di quello che prima consideravo il limite massimo delle peggiori assurdità che possono essere scritte nella nostra disciplina.

Anni fa, trattando di un libro su fiumi e mari nel diritto romano, avevo senza pietà beffeggiato l'autore, che tra le tante corbellerie giusromanistiche arrivava a interpretare il verbo latino '*usurpari*', dall'accezione tecnico-giuridica di «interrompere l'usucapione», nel senso orecchiato di «far proprio indebitamente», così come nel significato italiano del verbo «usurpare», con le comiche conseguenze esegetiche che un simile malinteso può dar luogo, com'è facile immaginare, nella lettura dei frammenti dei *prudentes*¹.

Non passò molto tempo che dovetti quasi pentirmi di tale mia pur giustificata severità, poiché

¹ Della «refectio» del «rivus» e di altre amenità romanistiche (*Vivagni III*), in «RDR» III, 2003, p. 516 ss.

due anni dopo uscì purtroppo un libro sulla transazione le cui empietà ed idiozie romanistiche erano incommensurabilmente maggiori rispetto a tale monografia, dimostrando una ignoranza giusantichistica generalizzata se non sistematica che rendeva quasi peccati veniali le più contenute assurdità del lavoro prima recensito: cosicché, trattando ancora peggio il nuovo uscito, mi sembrò in certo modo di avere un po' esagerato nel maltrattare il precedente come se si trattasse di quanto di più orribile si potesse scrivere nella nostra disciplina, mentre il libro sulla transazione – cui dedicai non solo una stroncatura, ma altresì un non breve *pamphlet*, data l'esemplarità di tale orrido libro nei pericoli che attualmente corre lo studio del diritto romano – andava invece molto oltre e disvelava orizzonti inaspettati in ordine agli scellerati attentati che si possono recare alla dignità della cosiddetta scienza romanistica².

Ma – non c'è limite, come si suol dire, al peggio – oggi mi capita di imbartermi in brutture ed asinerie che quasi neppure l'orrido libro sulla transazione lasciava presagire, e in personaggi che non hanno pudore di scrivere pretesi articoli di diritto romano ignorando le più viete nozioni che uno studente di primo anno fa proprie sin dalla prima lettura dei manuali esagogici.

Se infatti si poteva pensare che una nozione elementare quale l'elenco delle cosiddette *res mancipi* dovesse essere scontata a chiunque si fosse occupato, anche solo per preparare un esame, solo un poco di diritto romano, questa pia convinzione appare ormai anch'essa superata, ed appartenere ad un ottimo mondo possibile che oggi è per sempre dimenticato. In sordina, senza che molti se ne accorgessero, inosservato pur nella virulenza della sua bestialità, è infatti apparso quatto quatto su di una rivista *on line* un articolo sulla responsabilità per danno cagionato da cani³ ove lo sciagurato autore riesce ad affermare, per di più citando Filippo Gallo e Giovanni Nicosia a conforto di tali enormità, che «fra i beni *mancipi* si possono quindi evidenziare diverse tipologie di *res*» (all'imbecillità del linguaggio televisivo odierno non sono più sufficienti i «tipi», ma occorrono le «tipologie», così come non bastano più i «problemi», sembrando più raffinato e colto parlare di «problematiche», ed i «temi», com'è ovvio, inesorabilmente divengono ahimè «tematiche»): «tipologie di *res*», esemplifica il geniale scrittore degli aspetti canini del diritto romano, «quali gli schiavi, gli strumenti inanimati di produzione ed infine gli animali che maggiormente agevolavano la sopravvivenza dei cittadini, sia partecipando alla coltivazione dei campi, sia essendo essi stessi oggetto di allevamento e quindi direttamente fonte di cibo o materie prime» (p. 2 *estr.*).

Oltre a fondi italici e a servitù rustiche, ed insieme a schiavi ed *animalia quae collo dorsove dantur*, siano quindi benvenuti tra le *res pretiosiores* di gaiana memoria gli attrezzi agricoli, non si sa se solo quelli più importanti – il carro, l'aratro, magari l'erpice – o altresì quelli di minor rilevanza – la vanga, il rastrello, forse anche il setaccio e persino il succhiello –, tutti promossi sul campo, dal nostro esperto dei danni derivanti dai cani, a cose di preminente importanza socio-giuridica (e il pirotecnico autore forse avrebbe avuto più successo se, in un diritto ancora evolutivamente aperto come il diritto civile, avesse con vertiginosa, lancinante intuizione proposto di aggiungere a mobili, immobili e mobili registrati la affascinante e dirompente categoria degli immobili non registrati). Una simile abissale idiozia fa passare in secondo piano le altre bestialità vergate a tale proposito dal nostro infababile studioso dei cani in diritto romano, come in particolare, già nella frase riportata, la peregrina idea che gli '*animalia quae collo dorsove domari solent*' (Gai., *inst.* 2.16), ossia '*boves, equi, muli, asini*' (Gai., *inst.* 1.120), fossero importanti sia in quanto indispensabili all'uomo nei lavori della vita agricola, sia in quanto, una volta debitamente domati, venivano poi macellati e mangiati dai romani, fornendo un cibo altamente proteico di cui – si può arguire – essi dovevano essere particolarmente ghiotti (quasi che, nella fondamentale distinzione tra «*res mangimi*» e «*nec mangimi*» così tracciata, i poveri latini e peregrini dovessero accontentarsi di ovini, suini, pollame, conigli e cacciagione ed insomma

²) *A proposito di un recente libro (Vivagni V)*, in «RDR.» V, 2005, p. 1 ss. [*estr.*], e *Della transazione, purtroppo [Vivagni VI]*, in RDR.» VI, 2006.

³) F.A.D. RAGONI, *Actio legis Aquiliae, actio de pauperie, edictum de feris: responsabilità per danno cagionato da cani*, in «Diritto @ Storia», VI, 2007 («Tradizione Romana»).

degli altri animali minori, e perché no magari anche dei cani – i gatti per fortuna non erano ancora diffusi come animali domestici –, mentre giustamente ai dominatori romani soltanto erano riservati appunto i prelibati *boves, equi, muli e asini*): che la controversia tra Sabiniani e Procluliani circa la necessità di un'effettiva doma per divenire *res mancipi* fosse magari proprio dovuta alla necessità di distinguere gli animali in concreto da tiro e da soma ed usati individualmente da quelli destinati all'allevamento, alla riproduzione e al macello è ovviamente una raffinatezza che non sfiora questo inquietante personaggio, per il quale, credo, la stadera cui ricorreva il *libripens* e la bilancia usata dal macellaio dovevano essere più o meno la stessa cosa.

Ma l'ignoranza romanistica dell'autore degli aspetti canini del diritto romano è ovviamente, come la moda impone, affatto *bipartisan*, né essa avrebbe potuto preferire le sole istituzioni del diritto privato privando ingiustamente la storia del diritto pubblico del proprio decisivo apporto: ed ecco quindi che la disinvolta bestialità delle sue pagine, non paga delle idiozie profferite circa le *res mancipi* in ambito privatistico, attacca l'odiata disciplina altresì sul versante storico, e lo fa con la conosciuta genialità, mostrando senza falsi pudori come la sua incompetenza romanistica non abbia tema di considerare il buon vecchio Domizio Ulpiano nientedimeno che come un avvocato che, nel suo studio ed assistito dalle sue segretarie e dai suoi giovani praticanti, riceve e risponde ai propri clienti, e nei suoi libri *ad edictum* diligentemente «riferisce quale sia stato l'oggetto del parere richiestogli» appunto «dal cliente» (p. 9 *estr.*; cfr. altresì, nel successivo periodo: «il dubbio del cliente danneggiato sulla possibilità di convenire in giudizio l'istigatore dell'animale», ossia ancora una volta del tremendo e dannosissimo cane). Chissà se anche Giulio Paolo esercitava l'avvocatura ...

Al di là di ormai troppo facili ironie, ed in particolare del dubbio che sorge circa le miliardarie parcelle che si sarà fatto pagare un prefetto del pretorio per difendere i fortunati clienti in tribunale (allora evidentemente non esistevano incompatibilità a tale proposito) contro i padroni dei temibili cani, quello che rimane è purtroppo la convinzione che appunto non vi sia limite al peggio, e – se l'autore del canino studio è forse il nuovo campione assoluto della bestialità romanistica scalzando magari da tale ambito titolo il precedente *recordman* della transazione al pari di come quest'ultimo aveva polverizzato il primato dello studioso dei fiumi e dei mari – sembra in effetti abbastanza naturale ed anzi ovvio attendersi che i prossimi anni debbano portare un nuovo ancor più magnifico campione, che riuscirà a ridicolizzare anche limiti siderali come quelli degli attrezzi agricoli quali *res mancipi* e dei clienti dell'avvocato Ulpiano, che pur oggi sembrano sinceramente imbattibili, e che in effetti saranno forse superabili solo a patto di confondere il diritto romano con l'ordinamento giuridico azteco. Il *ginness* dei primati negativi del diritto romano è sempre aperto, e il solo dubbio che rimane è quali perverse ideazioni canine dovranno essere formulate per procedere in tale micidiale quanto trionfante albo d'oro. Del resto, in questa trista classifica, se per un verso gioca contro il nostro campione debuttante la differenza, che sarebbe pur da tenere pur presente, tra l'esordiente che scrive un articolo da primiparo ed il recidivo che invece, grazie ad empie monografie, finisce ahimè addirittura in cattedra ed al quale quindi nessuno può negare il ruolo di reale primatista, è altresì soprattutto da considerare come il vero campione in simili graduatorie negative sia, d'altra parte, sovente il secondo classificato, poiché – come osservava Walter Matthau in *Due sotto il divano (Hopscotch)* di Ronald Neame – quello davvero più stolido, anche in un campionato mondiale della stolidità, è appunto troppo stolido per arrivare primo, e quindi arriva inevitabilmente secondo.

Viene in mente, mi sia permesso di aggiungere, quanto avevo sentito tanto tempo fa in un documentario a proposito della discesa del battiscafo Trieste, con a bordo Jacques Picard e Don Walsh, nella Fossa delle Marianne il 23 gennaio 1960: notizia che non sono riuscito a ritrovare ma di cui è in ogni caso sufficiente, ai fini che qui importano, il vago ricordo paradigmatico, anche se magari in parte inesatto, che ne conservo. La misura esatta della depressione più profonda del nostro pianeta, in effetti, è ora calcolata in poco meno di 11.000 metri: ma quando Picard e Walsh vi scesero, si aspettavano, in base ai calcoli del tempo, una profondità minore; cosicché, quando superarono il limite previsto e continuarono a scendere senza ancora incontrare il suolo marino (tra l'altro, gli strumenti del batiscafo segnavano rispetto a quella effettiva una profondità maggiore, che infatti

venne poi ridimensionata), vi furono attimi di ansia se non di paura; ed uno dei due protagonisti, non ricordo quale, annoterà poi nel suo diario una frase come: «per un attimo un pensiero assurdo: e se avessimo mancato il fondo?».

Ecco, quello che oggi sta succedendo al diritto romano, se si guarda ad una non trascurabile parte delle nuove pubblicazioni in tale disciplina, sembra proprio l'aver mancato il fondo, e di procedere oltre ogni logica fisica al di là di esso, sempre più giù, in territori che non appartengono più al mondo conosciuto e dove vigono, come in certi racconti dell'orrore di Howard Philips Lovecraft, geometrie ormai diverse e non più umane.

In rerum natura et in rebus humanis esse aut non esse?

Il libro pubblicato da Paolo Ferretti sulla condizione del concepito in diritto romano¹ appare, scorrendolo, un libro a prima vista scritto con una certa serietà e competenza, mirante a riordinare i problemi in materia secondo idee nuove ed originali, ma che tuttavia, sin dall'inizio, lascia piuttosto perplesso il lettore che lo consideri con più attenzione.

Già nelle prime pagine, infatti, lo stato della letteratura su tale tema viene dalla «premessa» (p. XIII s.) monoliticamente descritto, sin dalla «riflessione postgiustiniana», come incentrato su di una idea consistente «nel credere che la giurisprudenza romana abbia reputato il concepito 'non esistere' né *in rerum natura* né *in rebus humanis*: non una autonoma individualità, ma una *mulieris portio vel viscerum*», in una generalizzata concezione unitaria ove, se pur taluno ha avanzato «puntuali precisazioni» o «alcune innovazioni su aspetti secondari», in ogni caso non si è «mai nesso in dubbio l'essenza di tale concetto, limitandosi tutt'al più a lievi dissensi o a timide riserve», in un condizionamento delle posizioni interpretative che sempre tale idea sarebbe riuscita «ad esercitare, tranne in rari casi, sull'elevato numero di lavori in materia».

Se una simile descrizione dello stato della dottrina sul tema del nascituro in diritto romano appare eccessivamente manichea anche a chi abbia una conoscenza soltanto istituzionale di tale materia, dato che com'è noto non sono mancate né in passato né più recentemente ricostruzioni volte a enfatizzare nella storia della normazione romana il riconoscimento del concepito quale tendenziale soggetto di diritto o in ogni caso come «*spes vitae*» per vari versi attentamente tutelata dall'ordinamento, la stranezza di tale esordio diviene alquanto sgradevole scoprendo che questa ricostruzione parziale e mirata dello stato della dottrina in materia è semplicemente strumentale ad amplificare la pretesa decisiva importanza dello studio dell'autore, che sin da tale premessa (p. XIV) magnifica la unicità della propria ricerca, per tal via presentata come controcorrente e di assoluta novità, dichiarando che con essa egli intende sottoporre tale supposta «letteratura egemone» ad un «serrato vaglio», mediante «un sistematico ed analitico esame dei testi», al fine di «valutarne attendibilità e fondatezza», superando d'altra parte tanto il «rischio di avvicinarsi allo studio del concepito attraverso personali criteri di giudizio» quanto, all'opposto, il rischio di adagiarsi su «preconcetti modelli interpretativi» («se poi l'intento si rivelerà fallito e il risultato non sarà neutrale, ci consola la certezza di un approccio quantomeno leale, privo di sotterfugi e ambiguità»).

Purtroppo, se l'autore si sente autorizzato sin dall'esordio a lodarsi e a magnificare i propri meriti, non altrettanto si sente di fare il recensore.

L'*Introduzione* (p. 1-10), in cui si vorrebbero tracciare, sembrerebbe, le coordinate di fondo dei problemi in materia, colpisce il lettore con una serie di frasi «ad effetto» che non sembrano certo favorire una messa a fuoco di tali questioni: già l'*incipit* («L'identità del nascituro è controversa. E' con-

¹) *In rerum natura esse in rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico* («Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste», n. 59), Milano, Giuffrè, 2008, p. XIV, 226.

trovera per il passato e allo stesso modo continua a rimanere tale per il presente. Nulla di cui sorprendersi, a voler prestare fede alla ‘profezia’ di Agostino il quale si chiedeva se mai si potesse scoprire *quando incipiat homo in utero vivere; utrum sit quaedam vita et occulta, quae nondum motibus viventis appareat*) infastidisce il lettore, che, al di là di quella sorta di *enjambement* retorico costituito dalla ripetizione di «è controversa», non capisce perché mai la constatazione delle molte e diverse posizioni in materia da parte di Agostino (*ench.* 86) debba essere considerata una «profezia», e d’altra parte, subito dopo, è sgradevolmente colpito dall’impressionismo dell’accostamento tra l’attenzione riservata da Ippocrate alle varie fasi della vita intrauterina ed il divieto abortivo contenuto nel suo *giuramento* (p. 2), per poi passare quindi a completare tale abborracciato quadro d’insieme con l’osservazione per cui «Al medico di Cos, molti altri si aggiunsero. Si pensi soltanto ad Asclepiade di Prusa, ad Erasistrato, ad Erofilo, a Solano, a Galeno» (p. 3), in un tono scontato e pseudocolto troppo forzato per apparire naturale e che d’altra parte è immediatamente smentito dalla incompienza della posizione di Icesio, attaccato da Tertulliano (*anim.* 25) in quanto *‘iam natis animam superducens ex aeris frigidi pulsu’*, posizione che l’autore interpreta snz’altro nel senso di sostenere «che il concepito non fosse *animal*», senza por mente alle pressoché ovvie implicazioni stoiche di tale posizione: ed infatti la dottrina stoica dell’anima ispirata dal nuovo nato al momento della nascita viene subito dopo equivocata e banalizzata dall’autore – che non sembra molto informato sulle implicazioni della teoria scientifica tetradica ed in particolare del rapporto tra caldo, freddo, secco e umido – attraverso il ricorso (p. 4) alla quasi proverbiale espressione negativa italiana «aria fresca»: espressione che, di fronte alla naturale ed ovvia traduzione di *‘frigidus’* con «freddo», risulta non casuale ma voluta nella sua connotazione ironica, ed in effetti appare senza problema ricollegarsi al tono di sufficienza con cui l’autore si sente autorizzato a ripercorrere la millenaria storia della questione (si veda – p. 3 s. – il passaggio dalla breve sintesi delle posizioni mediche a quella relativa alle posizioni filosofiche e teologiche: «Accanto ai medici, filosofi e pensatori cristiani con la ‘magna questio’ dell’anima. Anch’essi in disaccordo»: dove, a parte la scarsa perspicuità della notazione della mancanza di una *communis opinio* circa un problema del genere, infastidisce ancora una volta il lettore il tono di beffarda superiorità che l’autore si sente legittimato a concedersi). Né è infine il caso di soffermarsi troppo, per quanto riguarda il passaggio alle posizioni dei giuristi (p. 8), sul ricorso un po’ spericolato all’espressione *‘ius controversum’*, dato che, al di là delle contrapposizioni tra muciani e serviani ipotizzate da Carlo Aronò², in ogni caso non sembra trattarsi, a proposito del nascituro, di una controversia circa specifiche soluzioni giuridiche sulla disciplina giuridica del suo trattamento, ma semmai di discussioni sulla qualificazione generale di tale entità che in ogni caso non comportano di per sé differenti decisioni positive su singoli problemi, cosicché il disinvolto ricorso all’idea di *‘ius controversum’* – espressione oggi alquanto modaiola – appare semplicemente da ricollegare, ancora una volta, al tono di mondana leggiadria e di superiorità ironica che l’autore si sforza di dare alle proprie pagine introduttive (si veda, sempre a p. 8, a proposito delle discussioni che com’è ovvio accumulano le tre discipline nell’antichità, l’infelice frase «il diritto sullo stesso piano della medicina e della filosofia?»).

Meno problemi sembra destare il primo capitolo (*L’identità del concepito: la ‘contraddizione’ del pensiero giurisprudenziale classico nelle diverse letture della dottrina*, p. 11-30), dove – a parte la già rilevata tendenza a gonfiare artificiosamente la «contraddizione» delle posizioni dei *prudentes* circa la concezione del nascituro, che conduce altresì in certa parte a riferire in maniera piuttosto parziale se non tendenziosa le posizioni di taluni studiosi moderni – la descrizione dello stato della dottrina è condotta con diligente completezza e relativo approfondimento, e sembra in effetti rivelarsi, in ultima analisi, la sola parte del libro effettivamente utile.

Insistendo ancora una volta sulla «contraddizione» che caratterizza i testi in materia (p. 11 ss.) e con dichiarazioni d’intenti piuttosto ovvie ma dal patetico tono vagamente eroico (p. 13: «E’ nostra intenzione unirci a quanti si sono confrontati con questa ‘contraddizione’»), l’autore analizza

² *Partus nondum editus*, in «Atti del IV Congresso Nazionale di Studi Romani», IV, Roma, 1938, p. 84 ss.

così le principali posizioni dottrinali in materia, iniziando col distinguerle, in maniera forse un poco farraginosamente sottile ed ancora una volta strumentale, tra quanti vedrebbero «il concepito quale parte della madre e speranza d'uomo» (p. 13 ss.) e quanti invece considererebbero «il concepito quale parte della madre e titolare di aspettative giuridiche» (p. 17 ss.), ossia di coloro che sosterebbero «che i giuristi, soltanto a partire da una certa epoca e limitatamente a circoscritti settori del diritto, abbiano iniziato ad occuparsi del nascituro in quanto tale, e non per l'intrinseca speranza di 'divenire uomo'» (p. 17): lieve diversità di sfumature, come ammette lo stesso autore, che non sembra assumere quella fondamentale importanza discretiva che il libro risulta attribuirgli, dato che appare ovvio che il diritto romano considera il nascituro appunto come titolare di aspettative, cosicché tale elemento, per quanto meno enfatizzato, non potrebbe certo essere ignorato dalla prima posizione dottrinale. Segue quindi il richiamo della posizione risalente ad Emilio Albertario, che distingue nettamente circa il concepito il punto di vista fisiologico e quello del diritto, e che conduce alcuni studiosi a vedere in esso, su di un piano giuridico, una sorta di finzione operata dai *prudentes* per risolvere i problemi che in ordine ad esso si ponevano all'ordinamento (p. 19 ss.), per arrivare, dopo aver esaminato la distinzione tracciata da Carlo Alberto Maschi tra il nascituro quale autonoma individualità se soggetto di diritti e quale entità inesistente se oggetto di diritti (p. 22 s.), alle dottrine più antiche circa il *partus animatus* solo dopo il quarantesimo giorno dopo il concepimento (p. 23 ss.), sino alla ricordata tesi di Carlo Arnò circa una controversia tra muciani e serviani (p. 26 s.) ed infine alle più recenti teorie ricostruttive che tendono per quanto possibile a vedere nel concepito, salvo eccezioni, un essere dotato di autonoma individualità (p. 27 ss.).

Nel successivo lungo capitolo (*L'identità del concepito: in rerum natura esse*, p. 31-159) l'autore entra finalmente nel merito dell'indagine, dichiarando innanzitutto come vi sia «lo spazio per una ulteriore lettura» (p. 32) che appunto superi la posizione della dottrina dominante, che egli ha individuato, come si è visto, sulla base di una monolitica, quanto enfatizzata ad arte, visione moderna dello stato delle fonti incentrato sulla «contraddizione» dei testi in materia, e che per converso egli si dichiara appunto pronto a superare, accusando per di più la «letteratura egemone» di una ricostruzione immobilista del pensiero giurisprudenziale romano che in realtà, a suo avviso, le fonti smentiscono.

La chiave risolutiva per giungere a tali risultati, come dichiara lo stesso titolo del secondo capitolo, è appunto la locuzione '*in rerum natura esse*', che rimane quindi al centro dell'indagine per quasi centotrenta pagine: ma anche a tale proposito lascia piuttosto perplessi il fatto che l'autore tenda a interpretare tale locuzione, in parallelo con l'espressione '*in rebus humanis esse*', più o meno nel senso di «*in rebus naturae esse*», secondo una prospettiva certo lecita dal punto di vista del concreto significato che alla fine essa sembra assumere nei testi giurisprudenziali così come in molti altri luoghi letterari (si pensi soltanto al *de rerum natura* di Lucrezio, e in particolare al v. 1.25: '*versus quos de rerum natura pangere conor*'), ma che in ogni caso, in una tanto lunga indagine specifica imperniata su di essa, avrebbe meritato un qualche ulteriore approfondimento, specie in vista della sfumatura di eventualità e di possibilità che, in relazione al significato di «disposizione naturale», «ordine delle cose», «legge dell'esistente» proprio di '*natura*', l'espressione '*in rerum natura*' assume in svariate fonti, specie ciceroniane (si vedano ad esempio *ac.* 54 [2.55] – '*rerum natura non patitur*' –, *de or.* 3.26 – '*quod est in naturis rerum*' – e soprattutto *Rab. perd.* 24: '*haec in rerum natura tria fuisse*'): un'indagine già relativamente approfondita nella letteratura in materia, ma che non sembra affatto interessare all'autore né essere da lui ritenuta rilevante agli effetti della sua ricerca sulla espressione '*in rerum natura esse*', pur affatto centrale nella suo tentativo di ricostruzione.

Anche in tale capitolo, in ogni caso, disturba sin dall'inizio la pretesa novità controcorrente dell'idea che le fonti non permettano di inferire in maniera così definitiva che «il nascituro fosse reputato 'non esistere'» e che il «pensiero giurisprudenziale» sia «sostanzialmente immobile» (p. 32): idea che invece, come si è invece visto persino in queste brevi note nel riassumere lo stato della dottrina tracciato dal libro in esame, è in realtà già stata sostenuta da non poca parte della dottrina in materia, ma che l'autore insiste nel presentare come assolutamente originale ed inaspettata, e della

quale a lui e soltanto a lui dovrebbe attribuirsi l'intero merito («lo spazio per un'altra lettura», da nessuno, si vorrebbe, prima mai tentata).

Tale pretesa novità esegetica rivoluzionaria (p. 33 ss.) si incardina quindi, nelle prospettive dell'autore, nella differenza fondamentale che in realtà è dato rintracciare nelle fonti tra le locuzioni '*in rerum natura esse*' (o '*non esse*') e '*in rebus humanis esse*' (o '*non esse*'), dato che, ad avviso dell'autore, tutta la precedente dottrina avrebbe appunto errato nel considerare equivalenti tali espressioni, giungendo così inesorabilmente, mercé tale «argomento principe», a considerare il nascituro come «non esistente»: e già a questo punto il lettore che abbia un minimo di dimestichezza con tali temi si stupisce in quanto tale prospettiva non appare affatto così nuova e – se lo stesso autore è costretto ad ammettere magnanimamente che essa si trova già «abbozzata» in Bernardo Albanese, secondo cui appunto «il nascituro è in qualche modo *in rerum natura*, ma non è *in rebus humanis*»³ – essa risulta intrinseca alle fonti in materia, testé riportate dal libro, ed anzi non appare altro che l'ovvia conseguenza della diversa struttura, come si è visto, delle due espressioni: ma l'autore, tendendo a leggere '*in rerum natura*' più o meno nel senso di '*in rebus naturae*' nell'eco della formulazione '*in rebus humanis*', non coglie l'immediatezza di tale differenza, né è dunque strano che, arrivandoci per altre e meno naturali vie, egli abbia finito per considerarla ahimè tanto inaspettata e rivoluzionaria.

In effetti, può essere almeno in parte vero che i Basilici e i relativi scolii, traducendo le due espressioni ed operando varie crasi tra le affermazioni dei testi in materia, tendano a sovrapporle e ad usarle in modo fungibile nel sintetizzare il pensiero degli antichi *prudentes* classici, in una confusione che in effetti arriva addirittura a considerare, in particolare, l'espressione '*in rerum natura*' (ἐν φύσει) come corrispondente a «già nato» (τεχθεῖς), come l'autore mostra (p. 37 ss.), ed è altrettanto possibile che siano stati i Glossatori a generalizzare, estendendola anche ad altri passi e in particolare alle affermazioni di Giuliano in D. 1.5.26, la regola espressa da Paolo in D.1.5.7 secondo cui il nascituro è equiparato al nato '*quotiens de commodis ipsius partus quaeritur*', così come non è improbabile che proprio nei Glossatori e nei Commentatori venga teorizzata la visuale per cui la parificazione tra il concepito e il nato costituirebbe una sorta di *factio*, secondo una prospettiva come si vedrà particolarmente invisa all'autore (p. 42 ss.): ma che tali fattori abbiano condizionato in maniera assolutamente diretta e generalizzata tutta la dottrina moderna, in una prospettiva indistintamente unitaria cui il solo autore finalmente si opporrebbe, appare in effetti una prospettiva piuttosto improbabile e difficile da condividere, specie nelle prove parziali e negli argomenti alquanto forzati che di essa le pagine in questione tentano di fornire.

E si arriva quindi al testo – D. 1.5.26, Iul. 69 *dig.* – che risulta fondamentale nel tentativo di ricostruzione percorso dall'autore: '*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse. nam et legitima hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris condicionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent*'.

L'autore insiste (p. 48 ss.) su come appaia illegittimo applicare a tale testo giuliano la ricordata regola del *commodum* del nascituro recata da D. 1.5.7, tratto dal *liber singularis* '*de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*' di Paolo ('*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*'), anche se sembra meno immediatamente condivisibile la via che egli sceglie per dimostrare tale dato; in effetti, se sarebbe sufficiente osservare come sin da una prima lettura Giuliano non sembri fare altro che constatare come appunto *in toto paene iure civili* il nascituro è considerato come già esistente, giustificando tale asserzione in riferimento ad alcune fattispecie in cui si esplica tale parificazione, l'autore preferisce postulare che sottesa a tali casi vi debba comunque essere per forza un comune «elemento qualificante» (p. 50), che tuttavia non può essere rintracciato nel *commodum* del nascituro, dato che l'ipo-

³ *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 12.

tesi dell'*ancilla praegnas* (*si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur*) tratta del figlio di una schiava a sua volta destinato ad essere comunque schiavo e non vi è quindi alcun *commodum* del nascituro nell'appartenere all'originario proprietario piuttosto che al compratore di buona fede: per cui, ad avviso dell'autore, è necessario ed anzi imprescindibile cercare in altri contesti tale preteso «elemento qualificante» comune alle fattispecie considerate da Giuliano.

Questa impostazione metodologica, tuttavia, desta subito non poche perplessità. E questo non tanto perché si potrebbe anche pensare che, trattandosi di uno schiavo, il mancato passaggio di proprietà ed il suo rimanere con la madre tenda ad essere percepito dai romani come un intrinseco vantaggio per lo schiavo stesso (al pari di quanto avviene a proposito della regola per cui *'partus ancillae in fructu non est'*, che le fonti sono quasi portate a prospettare, nella mancata sua acquisizione da parte dell'usufruttuario, addirittura come una soluzione ispirata ad una sorta di *favor* verso lo schiavo), quanto soprattutto perché appare scorretto presupporre che la constatazione di Giuliano – *'qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse'* – debba costituire una preventiva regola dogmatica in base alla quale si spiegano le quattro soluzioni che l'esemplificano, quasi che esse dovessero esserne la conseguente applicazione operata sulla base di un «elemento qualificante» comune che le rende perfettamente analoghe in una prospettiva sistematica e svolga consequenzialmente tali fattispecie come puntuali applicazioni di tale criterio (si ricordi del resto il notissimo monito – *'non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat'* – recato da D. 50.17.1, Paul. 16 *ad Plant.*): infatti, appare viceversa alquanto più facile da credere che il giurista, di fronte ai vari casi in cui l'ordinamento riconosceva diritti al nascituro o in ogni caso conseguenze giuridiche in ordine ad esso, si limitasse ad osservare che tale fenomeno era piuttosto vasto e coinvolgeva «quasi tutto il diritto civile», come in effetti mostra l'avverbio *'paene'*, che nella sua approssimazione appare deporre, al contrario, proprio nel senso della totale mancanza di un generale «elemento qualificante» comune di tipo dogmatico ed anzi esplicitamente sotteso a tali decisioni casistiche.

In ogni caso, se in effetti il criterio del *commodum* del nascituro non sembra ancora presente in Giuliano (e a tale proposito l'autore ha gioco facile nel dimostrare l'inconclusività della spiegazione offerta da Antonio Fabro, secondo cui il caso della schiava furtiva incinta costituirebbe soltanto una eccezione alla generale regola del *commodum*: p. 51 s.), sembra poco sensato il criterio che la ricerca in esame, in base alla convinzione «che tutte e quattro le ipotesi elencate da Giuliano rispondessero ad alla medesima *ratio*» (p. 53), individua per spiegare, in base alle altre tre ipotesi considerate da D. 1.5.26, il caso dell'*ancilla praegnas*: ossia l'idea, presentata dall'autore in maniera alquanto repentina ed apodittica quasi che si trattasse di alcunché di genialmente lapalissiano ed incontrovertibile, secondo cui parrebbe ovvio «che la concessione di un posto nella successione secondo la legge, del beneficio del postliminio e del diritto di patronato, siano comprensibili assumendo che i giuristi intendessero il concepito come una esistenza dotata di autonoma rilevanza» (p. 56). Un'idea che all'autore appare tanto autoevidente e fondata da considerarla di per sé già felicemente dimostrata senza ulteriori discorsi (sempre a p. 56: «se, dunque, l'«esistenza» del concepito può essere assunta a possibile criterio unificante delle diverse soluzioni prospettate da Giuliano, non ci resta che verificarne la compatibilità con l'ipotesi dell'*ancilla praegnas subrepta*»).

E qui il lettore si sente un poco risucchiato in una vertigine di non senso. Se infatti l'espressione *'in toto paene iure civili'* sembra sino alla difficile prova del contrario implicare che il nascituro è in certi precisi limiti parificato al nato in moltissimi casi (*'qui in utero sunt ... intelleguntur in rerum natura esse'*) ma non nella totalità delle fattispecie possibili (*'in toto paene iure civili'*), e se d'altra parte è ovvio che, nella titolarità di aspettative e non di diritti che caratterizza il concepito, per aversi un vero e proprio soggetto di diritto, con il definitivo acquisto di tali diritti, è necessaria altresì la nascita di un essere vivo e di forma umana, il punto che emerge incontrovertibile dal passo di Giuliano è proprio la parzialità di tale parificazione, mentre, se viceversa come vorrebbe l'autore fosse sufficiente, per considerare il nascituro nei termini di un soggetto già esistente («il concepito come ... esistenza dotata di autonoma rilevanza»), la constatazione del suo *'in rerum natura esse'*, in tal caso tale

parificazione sarebbe totale e generalizzata, ed in particolare le parole *'in toto paene iure civili'* non avrebbero più senso alcuno.

L'autore non risulta cioè rendersi conto che – se il senso del discorso di Giuliano, e per tal verso di tutti gli altri frammenti in materia dei *prudentes*, è quello che il diritto romano in molti casi considera non soltanto il nato, ma altresì il concepito – la *ratio* di tale relativa parificazione tra le due figure non può essere la mera esistenza del concepito, che è una qualità che caratterizza parimenti anche i normali uomini già nati, ma deve necessariamente essere qualcosa di più specifico, altrimenti tale parificazione sarebbe appunto generale e non parziale. E in effetti l'idea dell' «autonoma rilevanza» del nascituro quale presupposto della sua considerazione giuridica appare al di là di ogni dubbio rivelare come l'autore abbia qui preso un incredibile «granchio», come si sarebbe forse espresso Siro Solazzi, specie in quanto, a ben vedere, che il nascituro esista sin dal momento del concepimento, quando secondo la medicina antica è ancora un grumo di liquido seminale e di sangue femminile, e che continui ad esistere nel ventre materno sino al momento del parto, in cui appunto esce alla vita extrauterina e diviene un «uomo», è cosa che non è stata mai negata da nessuno, se non da coloro che si ostinano a ritenere che i bambini li porti la cicogna o nascano sotto il proverbiale cavolo (e del resto, in D. 1.5.26, l'esistenza del nascituro è di per sé già chiaramente implicata dalla locuzione *'qui in utero sunt'*): cosicché l'idea che l' *'in rerum natura esse'* basti a spiegare perché il concepito sia parificato al nato dal diritto si rivela, sotto aspetto della sua generica esistenza del feto, quella che si dice la classica scoperta dell'acqua tiepida, e dal punto di vista che più interessa, ossia quello giuridico, un inesorabile errore, dato che appunto la «esistenza» del nascituro e si vuole la sua «autonoma rilevanza» non bastano certo a spiegare – come invece riuscirà a fare il criterio del *'commodum'* – perché in alcuni casi esso viene parificato dall'ordinamento all'essere umano ed in altri casi invece no (e sarebbe bastato del resto all'autore por mente a come il dibattito odierno si incentri in buona parte appunto sulla possibilità di considerare o meno il feto nei termini di essere umano per rendersi immediatamente conto dell'irrilevanza, per tal verso, dell'ovvia «esistenza» del concepito nel ventre materno).

Se quindi l'idea cardine della nuova lettura delle fonti propostasi dal libro risulta essere nient'altro che un incredibile «granchio», come dimostra immediatamente l'intrinseca inidoneità del criterio della «autonoma rilevanza» e della «esistenza» del nascituro a spiegare altresì i non pochi casi in cui esso invece non viene affatto parificato al nato, stupisce la pervicacia nell'errore e l'assenza di ogni senso di logica elementare con cui nel libro in esame si prenda come una riprova definitiva dell'esattezza di tale criterio il fatto che esso spieghi perfettamente, riconducendole ad una medesima *ratio*, le quattro ipotesi recate da Giuliano in D. 1.5.26 (p. 64 ss.): quando viceversa il punto decisivo sono per tal verso proprio le taciute ipotesi contrarie in cui, invece, il nascituro non è affatto parificato al nato, pur risultando sempre indubitabile la sua esistenza ed appunto il suo *'in rerum natura esse'*.

Ma i fraintendimenti testuali e soprattutto logici del libro recensito non si fermano qui e subito l'autore si dimostra di nuovo pronto a dare un ulteriore saggio del proprio pressapochismo esegetico: infatti egli pretende di ritrovare in D. 38.16.7, di Celso (28 *dig.*), un riprova della perspicuità del testé individuato criterio interpretativo (nel titolo del § 9 – p. 66 ss. – «ancora *in rerum natura esse* quale espressione che rinvia all' «esistenza» del concepito»), ma non si accorge che in realtà il passo di Celso reca comunque in tale direzione delle affermazioni ancora più smussate e meno significative di quanto in ipotesi poteva fare Giuliano in D. 1.5.26. Se infatti quest'ultimo parificava, in relazione a gran parte dello *ius civile*, il concepito al nato (*'qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse'*), Celso non solo si limita, con prospettiva ancor più sfumata, a rilevare come si consideri (non, si badi, a «ritenere») «in certo modo» il nascituro *'in rerum natura'* (*'... conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur'*), ma lo fa con modalità che, almeno a quanto si ricava dalla redazione giustiniana pervenutaci di tale frammento, non coincidono così immediatamente con la prospettiva di Giuliano. Infatti il passo di Celso costituisce nei *Digesta* il seguito di un passo di Giuliano (59 *dig.*, D. 38.16.6) in cui quest'ultimo giurista esclude sulla base delle XII Tavole la possibilità che il nipote

concepito dopo la morte del nonno possa succedergli, poiché tale possibilità è riservata esclusivamente al discendente già concepito quando l'avo era ancora in vita (*Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*): considerando quindi rilevante agli effetti ereditari il nascituro purché concepito (*in rerum natura*) prima della morte del *de cuius*; e a questo punto i compilatori giustappongono al testo di Giuliano, senza chiusura di periodo, l'affermazione di Celso, che normalmente gli editori collegano al precedente frammento ponendo al termine di quest'ultimo una semplice virgola (... *in rerum natura fuerit,*) dato che D. 38.16.7 inizia direttamente con un *'vel'*: *'vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur'*. Nel collegamento così posto tra i due passi, dunque, si nota chiaramente lo iato di tale passaggio, dato che Giuliano ha già ammesso, sulla base delle XII Tavole, la parificazione al nato, quale erede, del concepito prima della morte dell'avo (*quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*) per cui non solo non ha senso il *'vel'* con cui inizia il testo di Celso, né è sufficiente, specie in un libro che si occupa specificamente del nascituro in diritto romano, accontentarsi di far finta di spiegare tale problema richiamando in nota (p. 67) la congettura di Vincenzo Scarano Ussani⁴, secondo cui, «attribuendo al *vel* ... valore esplicativo, si potrebbe pensare che i compilatori abbiano voluto precisare il caso concreto introdotto dal precedente frammento», dato che, ben diversamente, il frammento di Giuliano non si limita certo a «introdurre» il caso concreto, ma lo risolve e lo conclude del tutto esaustivamente, né ha senso dire, come fa in maniera affatto erronea il recensito, che «in altri termini, poiché in D. 38.16.6 (Iul. 59 dig.) si discuteva circa il diritto di colui il quale fosse stato concepito dopo la morte dell'avo di succedere a quest'ultimo in base alla legge, è possibile che i giustiniani abbiano specificato, attraverso D. 38.16.7 (Cels. 28 dig.), che soltanto colui il quale fosse stato concepito mentre l'ereditando era ancora in vita avrebbe potuto aspirare all'eredità»: questo infatti l'aveva già detto in maniera più che sufficiente Giuliano (*qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit*).

Per quanto riguarda tale strana crasi tra i passi di Giuliano e di Celso, non sembra improbabile che la perfetta coincidenza del pensiero dei due giuristi, e quindi la stranezza della loro giustapposizione ottenuta attraverso un *'vel'* anziché, al limite, un semplice *'et'*, possa semplicemente essere spiegata pensando, in base alla congettura avanzata alcuni anni or sono dal compianto Aldo Dell'Oro circa le citazioni interne dei *prudentes* romani⁵, che fosse qui Salvo Giuliano a richiamare, a conforto di quanto affermato, l'analogo parere di Giuvenzio Celso, in una citazione letterale che potrebbe spiegare agevolmente altresì la stranezza del *'vel'* iniziale: mentre sarebbero stati i compilatori giustiniani ad estrapolare dal testo del primo la citazione del secondo, facendone meccanicamente un frammento a sé stante e creando quindi, attraverso il mantenimento del *'vel'* iniziale, i conseguenti problemi di coordinamento tra i due passi.

In ogni caso, al di là di tale problema, pressoché del tutto evitato dall'autore, rimane il fatto che il passo di Celso non dice affatto alcunché di perfettamente analogo al passo di Giuliano, dato che se quest'ultimo afferma che il nascituro è visto come esistente in quasi tutto il diritto civile (*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*), Celso si limita a dire che il concepito è in qualche modo considerato esistente (*conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*): il che non è evidentemente la stessa cosa. Stupisce quindi la tranquilla parificazione tra le due affermazioni che la trattazione segue nella successiva parte del libro (p. 69 ss., 128 ss., 131 ss., 161 ss.), né salvano tale abborracciata prospettiva le invero poco perspicue osservazioni che l'autore reca,

⁴) *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, p. 128 s.

⁵) *Tecniche compositive del Digesto: citazioni reciproche tra giuristi come Paolo e Ulpiano e richiami a Gaio*, in «RDR» I, 2001, p. 461 ss.

non si sa bene perché soltanto cinquanta pagine dopo averne fatto il cardine della ricerca, su tali due frammenti, tentando di completare con ritardo l'esegesi alquanto parziale in precedenza prospettata: osservazioni che si risolvono in affermazione in parte anodinamente ovvie, in parte in veri e propri errori metodologici ed esegetici. Noto in particolare, e sufficiente a mostrare il peculiare modo di procedere dell'autore e la sua argomentazione esegetica, la spiegazione complessiva di D. 1.15.26, a proposito del quale non gli sembra sufficiente osservare (p. 129) che «Giuliano scrive che 'i concepiti sono ritenuti in quasi tutto il diritto civile esistere' e quindi passa ad elencare alcune situazioni il cui elemento unificante ci è parso di individuare proprio nell' 'esistenza' dei nascituri», secondo l'assurda tesi che si è avuto modo di esaminare, ma presuntuosamente, con un uso nel «noi» maiestatico davvero fastidioso, aggiunge (p. 129 s.): «Data questa interpretazione, proponiamo una lettura abbastanza diversa da quella corrente. Noi pensiamo che l'elencazione debba intendersi come il presupposto, la premessa al fatto che *qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*. L'elencazione rivelerebbe, cioè, una antecedente attività di ricerca, una indagine compiuta al fine di acquisire dati e informazioni intorno al concepito. Ed è soltanto al termine di questa ricognizione che il giurista perviene al risultato di *intellegere* i nascituri *in rerum natura esse*: Giuliano si pone quale scrutatore esterno che fermatosi ad osservare il *ius civile*, conclude scrivendo che 'in quasi tutto il diritto civile i concepiti sono reputati esistere'. Se è subito atroce nella sua sgangheratezza l'immagine di Salvio Giuliano che «si ferma» finalmente ad «osservare il *ius civile*» quale «scrutatore esterno», una simile prospettiva, molto di più, rivela nell'autore la mancata acquisizione di quella sensibilità di fondo immediata e istintiva che, anche solo dopo lo studio dei manuali istituzionali di diritto privato e di storia del diritto pubblico, uno studente prima ancora che uno studioso dovrebbe subito acquistare nella considerazione degli aspetti di fondo del diritto romano: sensibilità di fondo che gli impedirebbe di profferire simili insensatezze, dato che Giuliano, a differenza di alcuni suoi studiosi moderni, il diritto romano già lo sapeva, né aveva bisogno di fermarsi né di guardarlo chissà perché dall'esterno, scrutandolo come un paesaggio sconosciuto; e per tal verso, ciò che più conta, è metodologicamente folle il percorso seguito dall'autore, che sembra intendere le norme dello *ius civile* come nate al di fuori di una considerazione implicita ma sufficientemente chiara della realtà delle cose, così da avere bisogno di un «processo di concettualizzazione» successivo (p. 130) affinché la logica ad esse sottesa potesse emergere: senza bisogno di alcuno scrutare da fermo e dall'esterno, era intrinsecamente chiaro che se il nascituro aveva delle aspettative di diritti sul piano dell'ordinamento giuridico, questo avveniva perché egli in qualche modo esisteva, anche se fino al parto non era ancora del tutto certo che esso sarebbe divenuto un essere umano; né Giuliano sembra qui compiere alcuna «concettualizzazione» che vada oltre alla empirica constatazione che *in toto paene* lo *ius civile* il concepito è parificato al nato (una «concettualizzazione» lo sarà semmai quella di Paolo – D. 1.5.7 –, quando verrà individuato nel criterio del '*commodum*' la discriminante tra le ipotesi in cui il feto è considerato esistente agli effetti del diritto e quelle in cui invece non lo è).

Per tal verso, infine, desta soltanto infastidito imbarazzo la trovata finale di tale paragrafo (p. 131), secondo la quale «Ammettere che il concepito abbia una propria 'esistenza' è affermazione che va oltre la mera constatazione: a noi essa appare portatrice di un'implicazione ulteriore, quella di riconoscere esplicitamente al nascituro una sua individualità, facendolo così uscire dal cono d'ombra nel quale fino a quel momento si sarebbe trovato. Altrimenti detto, il concetto dell' 'esistenza' del concepito si sarebbe subito tradotto in norma» (si vedano altresì p. 162 – «... dall'osservazione della realtà giuridica, Giuliano e Celso sarebbero pervenuti a teorizzare l' 'esistenza' del concepito. E questa teorizzazione, anziché rimanere confinata su un piano per così dire di mera constatazione, sarebbe subito divenuta norma» – nonché p. 179: «E questa teorizzazione dell' 'esistenza', lungi dal rimanere nell'ambito della semplice constatazione, si sarebbe subito tradotta in norma e avrebbe innescato un processo di avvicinamento tra 'esistenze' diverse», ossia quella del nato e del concepito: cfr., analogamente, p. 192).

Metastamente, e davvero dispiaciuti che siano possibili simili travisamenti, verrebbe da osservare che un giurista non detta delle «norme», almeno nella prospettiva in cui risulta qui essere inteso il ter-

mine, ma semmai estrapola dai casi disciplinati dall'ordinamento una *regula*, di guida alla risoluzione delle ulteriori fattispecie che si possano presentare in tale materia: ma soprattutto, si vorrebbe chiedere all'autore, quale norma o quale regola sarebbe la constatazione che *in quasi tutto* il diritto civile il nascituro è considerato esistente? Come potrebbe una osservazione quale '*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*' «introdurre», come afferma l'autore, un «confine» in ordine «all'esistenza dei concepiti», per di più nel senso che «non in tutto il diritto civile, ma in quasi tutto il diritto civile i nascituri sono reputati esistere» (p. 132), se di per sé la locuzione '*in toto paene*' appare viceversa un classico caso di «vaghezza» dell'affermazione giuridica? Come potrebbe essere di aiuto nella soluzione delle ipotesi simili una affermazione in cui si afferma che la parificazione in questione opera *in toto paene iure civile* senza specificare in quali ipotesi, appunto, ciò avviene ed in quali no? Domande senza risposta, come le costruzioni logico-giuridiche del libro in esame.

Del resto, non è affatto facile seguire il pensiero dell'autore, e se una traduzione come quella testé riportata («non in tutto il diritto civile, ma in quasi tutto il diritto civile i nascituri sono reputati esistere») sembra invero assai poco perspicua, dato che il punto non è che «in quasi tutto il diritto civile» i nascituri siano considerati esistenti o meno, ma semmai se siano o no in certo modo parificati al nato per quanto riguarda la loro posizione giuridica, ancora di più stupisce il fatto che l'autore, come si è accennato, sembri sovente dimenticare il presupposto ulteriore, peraltro autoevidente, per cui il concepito, per vedersi attribuire quei diritti su cui ha un'aspettativa, deve ovviamente nascere ed essere vivo: ed infatti, esaminando D. 50.16.129 (Paul. 1 *ad l. Iul. et Pap.*: '*qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt*'), in cui è richiamato questo ovvio presupposto, l'autore conclude il paragrafo con una frase davvero raggelante (p. 135): «a questi figli 'mai esistiti', pertanto, ci sembra altresì possibile che pensassero Giuliano e Celso laddove introducevano un limite all'assolutezza dell'essere, i concepiti, *in rerum natura*» (ossia la locuzione '*in toto paene iure civile*' e l'avverbio '*quodammodo*'). E ci si deve chiedere come possa non capire nulla di una pur chiara regola giuridica chi addirittura scrive un libro su tale argomento: confondere il limite per cui non sempre il concepito è parificato al nato, che riguarda appunto i casi in cui il diritto riconosce delle aspettative di diritti al nascituro, con la diversa questione che, per attribuirgli effettivamente tali diritti e non più soltanto mere aspettative circa essi, il nascituro debba in ogni caso venire partorito ed essere vivo, è una incomprensione che mina alla radice la stessa sensatezza di fondo delle pur già dubbie osservazioni recate dall'autore sul tema in esame, e costringe a chiedersi se di questo argomento egli abbia capito veramente qualcosa.

L'acme di tale nonsenso, d'altra parte, lo si scopre in una nota (p. 148) dove, dopo aver citato Bernhard Windscheid a proposito della teoria che interpreta le aspettative del nascituro e gli effetti preliminari che la sua esistenza comporta in termini di «diritti senza soggetto»⁶, e dopo aver richiamato a sproposito le cautele di Riccardo Orestano circa la distorsione e la forzatura implicate dal ricostruire il diritto romano come sistema di diritti soggettivi⁷, trionfalmente esce con questo epocale ribaltamento dell'intera materia: «Ma ... il passo di Giuliano [D. 1,4,26 (*Iul. 69 dig.*)] e con questi tanti altri, come ad esempio quello di Celso [D. 38,16,7 (*Cels. 28 dig.*)], pare deporre per una soluzione diversa. Sembrerebbe infatti di capire che nella riflessione del giurista il momento genetico del diritto fosse collegato proprio al concepimento». La frase è sconvolgente, ma dopo averla riletta il senso rimane proprio quello che si era temuto: per l'autore il nascituro, nel diritto romano non è più semplicemente titolare di aspettative, in particolare ereditarie, ma diviene titolare di diritti soggettivi, ossia soggetto di diritti ad ogni effetto; ed è inutile andarsi a rileggere, per un ulteriore controllo, i due testi citati dall'autore, che sono ahimè sempre i soliti, e non affermano altro che '*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*' e '*conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur*', e non appaiono quindi consentire a nessuna persona sensata alcuna illazione in tal senso. Né

⁶) *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁹, Frankfurt a.M., 1902-1914, trad. it. – *Diritto delle Pandette* –, 1902-1914, rist. Torino, 1930, I, p. 153 s.

⁷) *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale* (1960), in *Scritti*, III, Napoli, 1998, p. 1445 s.

tolgono neppure un poco di assurdit  a tale tesi i successivi richiami ad Emilio Albertario, che si limitava ad affermare che «appartenendo il concepito alla famiglia fin dal momento del concepimento, fin da questo momento acquista il diritto di succedere al *paterfamilias*», parlando a tale proposito, con qualche esagerazione, di «capacit  giuridica»⁸, e a Bernardo Albanese, che in maniera ancor pi  misurata scriveva che «sotto alcuni riguardi, esso   considerato come tale titolare di aspettative giuridiche degne di tutela»⁹: richiami che anzi servono ad evidenziare nella maniera pi  definitivamente cruda la totale incapacit  dell'autore di distinguere tra aspettative e diritti soggettivi, e di considerare, per limitarsi all'esempio pi  ovvio, che se il nascituro fosse titolare di diritti soggettivi e non nascesse, ossia fosse abortito, tali diritti sarebbero trasmessi ai suoi eredi, cos  come avviene quando muore un soggetto di diritto, cosa che invece non avviene, appunto in quanto si tratta di aspettative e non di diritti soggettivi (si veda del resto – p. 182 – la ribadita «parificazione del nascituro al nato» che l'autore giunge a dedurre – p. 179 e nt. 74 – nientedimeno che da Gai., *inst.* 1.147 – '*cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit non minus postumis quam iam natis testamento tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permixtum non sit*' –, sempre senza rendersi menomamente conto di tali problemi e della diversit  strutturale rispetto alle sue elucubrazioni di quanto recato dai giuristi romani cos  come dagli studiosi moderni). E sulla imbarazzante quanto poco perspicua presunzione dell'autore, che crede di poter ribaltare ogni posizione dottrinale in una materia di cui appare non conoscere bene neppure i rudimenti istituzionali,   meglio evitare ogni ulteriore commento.

Se la constatazione per cui '*qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*' potrebbe dunque al massimo denotare un certo *favor* nei confronti del nascituro ma non certo una *regula iuris* o ancor peggio addirittura una «norma», stupisce la superficiale improntitudine con cui l'autore tenta di ricollegare all'idea che il nascituro «esistesse» ulteriori aspetti del regime giuridico che lo riguardano, come in particolare il divieto di sottoporre a tortura o mettere a morte la donna incinta sinch  non abbia partorito (p. 135 ss.): idea che sembra ancora una volta alquanto peregrina, perch  tale rispetto per la vita che la donna porta in grembo appare ovviamente da ricollegare a tutt'altro tipo di considerazioni religiose e morali circa il nascituro, ma non certo alla mera constatazione naturalistica che il feto, in quanto tale, esiste nel ventre materno: prospettiva che, ovviamente, non sarebbe stata di per s  negabile quand'anche, inversamente, nell'ordinamento romano fosse stata disposta la liceit  della tortura e dell'esecuzione capitale della donna incinta.

Ma il peggio deve ancora arrivare: dopo aver cursoriamente richiamato, nel giro di poche pagine, ulteriori aspetti della considerazione del nascituro in diritto romano, ed in particolare circa la punizione della donna che avesse abortito in violazione dell'interesse del marito (p. 136 ss.), l'autore, senza neppure preoccuparsi di dare un esatto quadro della dottrina in materia (a p. 138 e nt. 414 viene spacciata come «opinione attualmente dominante» una serie di riferimenti bibliografici che parte dal 1899 ed arriva al 1952, mentre quasi mai viene citato lo studio sull'aborto di Enzo Nardi¹⁰, ed in ogni caso pi  che altro negli aspetti favorevoli all'autore: cfr. ad esempio p. 139 nt. 419), arriva *ex abrupto* a questa stupefacente conclusione (p. 143 s.): «Ne consegue pertanto che la stessa opinione dominante, secondo cui l'aborto in et  classica avrebbe varcato la soglia dell'illiceit  soltanto nel caso in cui fosse compiuto senza o contro l'assenso del marito o dell'ex marito, non appaia pi  fondata delle altre. Dunque, se questo   l'orizzonte nel quale ci muoviamo, non ci sembra inverosimile, o quantomeno da non escludere» (ma, a leggere bene la frase, qui il «non»   di troppo), «che tra la fine del secondo e l'inizio del terzo secolo, una volta affermata e condivisa l'idea del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza, il procurato aborto sia stato sanzionato in quanto tale, ossia

⁸) *Conceptus pro iam nato habetur* (1923), in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 19.

⁹) *Le persone nel diritto privato romano*, cit., p. 12.

¹⁰) *Procurato aborto nel mondo greco romano*, Milano, 1971.

come atto lesivo di una individualità». E qui finisce il paragrafo ed ogni trattazione dell'argomento.

Queste cose non si fanno: semplicemente, non sta bene ... E' già inammissibile, come purtroppo oggi accade sempre più di frequente, che dottrine secolari, studi di notevole livello e mole e lunghi dibattiti tra gli studiosi vengano ribaltati da spudorati debuttanti sulla base del semplice argomento che, non essendo la tesi dominante comprovata sino in fondo da diretti elementi testuali ed essendo perciò semplicemente verisimile, anche la tesi opposta può essere in ogni caso sostenuta (prospettiva che il più delle volte non si rende conto che una cosa è la verosimiglianza di quanto ritenuto probabile alla luce di una complessiva considerazione dei nessi storico-sistematici che collegano i vari aspetti di un ordinamento visto nella sua lata evoluzione storica, e quindi fanno propendere, in base ad una visione globale di tutti gli elementi di quest'ultimo, per una data soluzione, altra e ben diversa cosa sono le illazioni azzardate sulla base di pochi fattori superficialmente esaminati e che non hanno altra giustificazione se non l'impossibilità di essere escluse in maniera diretta dai testi a disposizione). Ma qui si va molto oltre, pretendendo di ribaltare nel giro di poche paginette e senza quasi neppure menzionare i complessi problemi in materia, una *communis opinio* che l'autore sembra addirittura ignorare nei suoi aspetti specifici, e che egli si sente autorizzato a contraddire nella maniera più apodittica sulla base di considerazioni sul nascituro, come si è visto, se non altro alquanto poco perspicue: e dove la valutazione probabilistica delle opposte tesi si riduce alla fine al solo pseudo-argomento per cui, se è vero che nessuno ha mai visto un asino volare, nondimeno non si può escludere che ciò possa accadere (e in realtà, nel caso specifico, se l'autore avesse avuto l'onestà di compulsare pur cursoriamente i testi in materia conservati dal *Corpus Iuris* e si fosse fatto un'idea minima del quadro generale che offrono, specie tenendo presente l'avvento della religione cristiana che non avrebbe mancato di dare ampio spazio a norme vietanti in generale l'aborto, si sarebbe agevolmente reso conto che il complesso delle notizie a nostra disposizione renda di per sé impossibile l'eventualità dell'esistenza di una simile disposizione). Di fronte a simili dilettantesche superficialità, l'unico giudizio che si possa esprimere non può essere che una definitiva esclamazione di scandalo e condanna: e qui è meglio che il recensore si autocensuri.

Dopo quanto sinora detto, rimane poco da dire sul libro in questione, né è il caso di soffermarsi sul terzo capitolo (*L'identità del concepito: in rebus humanis nondum esse*, p. 161-186), ove tra l'altro la lettura del passo di Paolo conservato da D. 1.5.7 (*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit*) è viziata dalla quasi programmatica scelta dell'autore di ignorare le implicazioni delle parole 'perinde' e 'custoditur' e dove soprattutto il tentativo di dimostrare che il criterio del 'commodum' sia stato elaborato per «impedire a terzi di usufruire delle conseguenze derivate dalla concettualizzazione del concepito quale esistenza dotata di autonoma rilevanza» (p. 181), se pur di per sé potrebbe apparire interessante, si rivela esizialmente condizionata dal presupposto per cui prima l'idea della «esistenza» del concepito avrebbe avuto un valore generale ed assoluto nell'ordinamento giuridico, secondo le aberranti prospettive già viste. Né appare infine opportuno soffermarsi sulle *Conclusioni* finali (p. 187-193), dove le imbarazzanti posizioni dell'autore vengono riassunte e ribadite.

Resta semmai da stigmatizzare, quantomeno, l'affrettata superficialità con cui viene esaminato (p. 83 ss.: cfr. anche p. 106 s.) un passo come D. 11.8.2 (Marcell. 28 dig.: *negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*), nonché l'assenza assoluta di una benché minima attenzione in ordine alle implicazioni religiose che nella mentalità romana il nascituro assumeva, i molti paragrafi ove si riportano sfilze di passi senza che risulti ben chiaro lo scopo per cui essi vengono citati (l'autore stesso – p. 106 – parla di «incursioni» nelle testimonianze testuali «senza alcuna pretesa di esaustività» e «senza l'osservanza di un rigoroso ordine temporale», ma anche senza tali espliciti avvertimenti il lettore si rende conto di tale dubbia metodologia continuamente presente negli astuti ma troppo scoperti tentativi affabulatori del libro in esame).

Un cenno a sé, infine, merita forse l'infelice e continua polemica dell'autore (p. 19 ss., 45 ss.,

174 ss. nonché p. 114 nt. 316,) circa la visione in termini di finzione del principio per cui il nascituro è considerato come già nato (*qui in utero est ... pro iam nato habetur*: D. 29.2.30.1, Ulp. 8 *ad Sab.*): idea seguita da molti studiosi, ma che viene rabbiosamente negata dal libro in esame, sempre in base all'idea che è sufficiente la constatazione dell'«esistenza» del concepito per parificarlo ad ogni effetto al nato, attraverso argomentazioni alquanto poco perspicue, ed in particolare del tutto incapaci, sembrerebbe, di distinguere tra la più generale nozione di «finzione» e il più specifico e tecnicistico strumento della *'fictio'* giusromanistica in senso stretto. Una polemica in cui l'autore sembra confondere la finzione che il nascituro esista in senso naturalistico in quanto feto, visione contro cui egli, sbagliando del tutto bersaglio, si scaglia avendo quindi gioco facile nel contrastarla, ma senza rendersi conto che il problema è invece tutt'altro, ossia la costruzione per cui il nascituro si finge esistere sul piano propriamente giuridico come se fosse in certo modo un soggetto di diritto anche se in realtà non lo è ancora (e si è già visto come l'autore non appaia ben conscio di come, in ogni caso, il nascituro, cui si attribuiscono mere aspettative, diverrà soggetto di diritto e quindi titolare appunto di diritti soggettivi solo una volta che si realizzi l'ulteriore presupposto della sua effettiva nascita).

Ma di tutto questo basta fare un semplice cenno, dato che da quanto detto sinora emerge chiaramente la scarsa perspicuità della ricostruzione tentata dall'autore e la sbalorditiva incomprensione che egli dimostra circa il tema indagato. Resta, una volta chiuso finalmente il libro in esame, una vaga impressione – persistente pur nel suo affievolirsi data l'inconsistenza di quanto recato dall'autore allo studio del tema del nascituro in diritto romano – di sgradevolezza complessiva della trattazione nonché soprattutto di scarsa utilità di tale tentativo ricostruttivo all'approfondimento dei temi trattati.

Una nuova ipotesi sulla nascita dello «ius utendi fructus»

Il volume di Stefania Petrini sulle origini dell'usufrutto¹ è certamente un libro alquanto interessante nella peculiarità della tesi sostenuta in ordine al sorgere di tale istituto, e più in generale molto utile per una migliore messa a fuoco degli aspetti problematici di esso, specie in quanto la specificità della ricerca favorisce una rivisitazione critica degli incunaboli dello *ius utendi fructus* oggi più che mai proficua nel definitivo assestarsi di una *communis opinio* in materia ormai codificata e tralaticia, e quindi tendenzialmente accettata senza soverchi dubbi circa l'esattezza di tale ricostruzione sia nelle sue linee portanti sia in non poche delle soluzioni particolari da essa implicate. Per di più, la lettura del libro in esame appare estremamente piacevole nella gradevolezza dello stile espositivo, nella precisione dei riferimenti e della descrizione dello stato della dottrina, nella linearità dell'ordine espositivo ed in una rigorosa metodologia che, nella congetturalità dell'ipotesi sostenuta, si mantiene su falsarighe di ipoteticità e di verosimiglianza probabilistica senza per nulla indulgere a simulare, come purtroppo sovente accade, false certezze insostenibili alla luce delle fonti.

Tuttavia – ed è bene metterlo subito in evidenza – l'idea ricostruttiva dell'autrice, imperniata su una funzione assunta dalla *deductio usus fructus* già in epoca decemvirale per ovviare ai supposti inconvenienti della *mancipatio familiae* – che, si sostiene, avrebbe privato il testatore di qualsiasi diritto sui propri beni, trasmessi immediatamente al *familiae emptor*, lasciandolo quindi privo di mezzi di sussistenza – appare immediatamente un'idea ricostruttiva che non convince affatto, ed anzi sembra sin dalla sua prima enunciazione una falsariga ermeneutica che, prima ancora che con la storia del diritto e le testimonianze giuridiche a disposizione, contrasta irrimediabilmente con lo stesso ordine delle cose e con il cosiddetto buon senso delle esigenze pratiche ad esse intrinsecamente connesse nella realtà quotidiana: esigenze con le quali l'ordinamento non può in ultima analisi evitare di misurarsi, tantomeno in nome di astratte costruzioni dogmatiche e di regole, magari, del tutto fondate su

¹) *Deducto usu fructu. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto* («Quaderni di "Studi Senesi"», n. 113), Milano, Giuffrè, 2008, p. VIII-192.

di un piano sistematico, ma irrimediabilmente inconciliabili con quei fini concreti che il diritto è per sua natura chiamato a realizzare. L'obiezione di fondo che di per sé si leva immediata contro l'idea stessa che la *mancipatio familiae* avrebbe privato il testatore del suo patrimonio, rendendolo un nullatenente alla cui indigenza si sarebbe rimediato introducendo appunto la *deductio* dall'atto *per aes et libram* dell'usufrutto sul suo intero patrimonio, è un'obiezione forse non strettamente dogmatica, ma di per sé risolutiva e senza possibilità di repliche: se così fosse stato, infatti, nessun cittadino dotato di normale raziocinio sarebbe ricorso alla *mancipatio familiae*, e si sarebbe tenuto stretto il proprio patrimonio per lasciarlo ai suoi discendenti in via intestata o ricorrendo, in assenza di figli, alla *adrogatio*, e la storia delle successioni romane si sarebbe svolta per altre e diverse vie, magari sviluppando in particolare gli istituti della donazione a causa di morte nonché persino dei patti successorii, senza certo pervenire attraverso la *mancipatio familiae* al *testamentum per aes et libram*, ed arrivando invece con ogni probabilità a risultati diversi, ben difficili da congetturare, ma in ogni caso alquanto lontani da quelli che invece si sono di fatto verificati nella storia di Roma. Se, com'è accaduto, la *mancipatio familiae* viceversa si affermò e si diffuse nel mondo giuridico romano, così da costituire un istituto consolidato nel cui alveo si sarebbe sviluppata la successiva evoluzione delle forme testamentarie, questo accadde evidentemente perché essa corrispondeva in maniera soddisfacente a quella che è l'intenzione che si propone colui che fa testamento, ossia il disporre dell'assetto dei propri beni in relazione al momento successivo alla propria morte, e non certo quello di spogliarsene subito al fine di assicurare così ai suoi successori il conseguimento dei tali beni pur a prezzo della sua immediata rinuncia a qualsiasi cespite patrimoniale. Ed appare in effetti questa la questione fondamentale che la ricerca di Stefania Petrini lascia in ombra, e che tuttavia, pur ignorata, accompagna il lettore in tutto il libro come un muto quanto assordante interrogativo ineludibile.

D'altra parte, come si è accennato, questo problema strutturale non impedisce all'analisi condotta dall'autrice di essere alquanto interessante e, soprattutto, utile ad un approfondimento della materia. Così, in particolare, nel primo capitolo (*Il legato a favore della vedova: caso originario di usufrutto?*, p. 1-61), la rivisitazione critica dello stato della dottrina e le obiezioni mosse alla ricostruzione dominante circa le origini dell'usufrutto, che ritrova nella necessità del mantenimento della vedova sposata *sine manu* le ragioni che portarono all'elaborazione giurisprudenziale dell'istituto, pone al lettore non pochi interessanti interrogativi, dato che l'autrice, che nell'argomentare la propria ricostruzione vorrebbe appunto dimostrare l'infondatezza di tale origine storica, mostra come in effetti il problema del sostentamento della vedova *sine manu* potesse agevolmente essere, in quanto tale, risolto anche per altre e diverse vie: dopo la morte del marito, essa sarebbe stata in ogni caso mantenuta dal *pater*, dalla cui *potestas* non era mai uscita, mentre, qualora fosse stata emancipata dal padre, non sembra inverosimile che essa potesse aver ricevuto da lui attribuzioni patrimoniali ovvero lasciti in via successoria tali da consentirle di provvedere tranquillamente a se stessa una volta vedova (p. 10 s.); quindi, dopo aver sostenuto che non solo alla fine del III secolo a.C., ma neppure nella prima metà del II, i matrimoni *sine manu* dovevano rappresentare una realtà troppo diffusa (p. 15 ss. e in particolare p. 29), l'autrice pone in dubbio che in tale periodo la nascita dell'usufrutto possa venire messa in relazione alla pretesa prevalenza di tale tipo di unioni, e su tali basi tenta di escludere definitivamente il nesso in questione mostrando come, al di là del legato di usufrutto, vi fossero altri e altrettanto validi mezzi per assicurare il sostentamento della vedova, a partire dalla restituzione della dote, secondo uno sviluppo che si precisa appunto in tale periodo sia per quanto riguarda la precedente *dos recepticia* sia in ordine all'*actio rei uxoriae* (p. 32 ss.), per arrivare al *legatum penoris*, già conosciuto a Sesto Elio Peto, ed al più ampio legato '*de his, quae uxoris causa parata sunt*' (D. 32.45, Ulp. 22 *ad Sab.*), che al vitto aggiungeva il *mundus* ed in genere le vesti e gli ornamenti che le competevano (p. 46 ss.). Nonostante tali elementi, la tesi dell'autrice non convince egualmente, né sembra di poterla seguire quando afferma che tutto ciò non consentirebbe di imperniare la nascita dell'usufrutto sui bisogni della vedova (p. 51), argomentazione ove in particolare appare piuttosto specioso l'argomento secondo cui non si vede perché, in tale ricerca, non si prendano in considerazione altri soggetti nel cui

interesse l'istituto potrebbe essere stato introdotto, come in particolare i figli emancipati (p. 57 s.), dato che l'autrice non sembra voler rilevare che, per quanto usciti dalla *patria potestas* e dalla famiglia originaria, essi fossero comunque figli del *de cuius*, né per essi si ponevano dunque quegli ulteriori problemi cui dava luogo il caso della vedova *sine manu*, che avrebbe in linea di massima finito con il lasciare a sua volta i beni ricevuti in eredità dal marito non ai figli ma ai suoi *adgnati* (ed analoghe considerazioni valgono per i liberti, a torto invocati dall'autrice – p. 59 –, dato che anche qui si trattava di lasciti in ogni caso contenuti, e non di una sensibile parte se non di tutto un patrimonio come poteva avvenire nel caso della vedova): ma nonostante tutto, dell'analisi condotta in tale capitolo quello che in ogni caso rimane è, in effetti, il dubbio che la comune dottrina abbia forse troppo enfatizzato gli aspetti materialistici delle esigenze della vedova, che potevano come si è accennato essere risolte anche per altre vie, e che dunque, pur senza certo dover rinunciare alle linee di fondo della falsariga ricostruttiva ormai consolidatasi, si possa tuttavia procedere in certo modo oltre, mettendo meglio a fuoco le concrete esigenze della vita quotidiana che condussero a introdurre, verosimilmente in relazione al matrimonio *sine manu*, l'istituto dell'usufrutto.

Per tal verso, sembra decisiva l'obiezione che sorge piuttosto immediata di fronte ai tentativi del libro di sostenere, come si è visto, che l'usufrutto non era necessario in quanto la vedova poteva ben avere altri cespiti per mantenersi tranquillamente: quello che infatti sembra sfuggire a tale argomentazione è che in ogni caso il patrimonio personale della vedova, il suo ritorno nella famiglia paterna, la restituzione della dote ed il *legatum penoris* ovvero il legato '*de his, quae uxoris causa parata sunt*', escludevano sempre e comunque quella che doveva essere la normale soluzione di vita che si verificava alla morte del capofamiglia, ossia il continuare della vedova a vivere nella casa familiare, da sola se i figli avevano intrapreso attività che li avevano condotti a uscire da essa, e nel caso insieme ad essi se il fondo avito costituiva l'unica risorsa del gruppo familiare, ipotesi in cui madre e figli avrebbero continuato a portare avanti da soli quelle stesse attività economiche in cui prima avevano affiancato il *paterfamilias* ora venuto a mancare. Se questa doveva essere, com'è nell'ordine stesso delle cose, la normale soluzione adottata dopo la morte del marito, sembra portarsi spiegare secondo vie più generali, e non immediatamente connesse al mantenimento fisico della vedova, l'introduzione dell'usufrutto, dato che tale permanere di quest'ultima, da sola o con i figli, nella casa maritale, se non destava questioni quando essa, *conventa in manu*, era *loco sororis* rispetto ai figli e quindi di norma coerede con essi per quanto riguarda, specificamente, la casa o il fondo aviti, facendo parte ad ogni effetto della famiglia del marito, diveniva invece problematico una volta che la moglie, sposata *sine manu*, alla morte di questo diveniva per così dire estranea alla sua compagine familiare da un punto di vista giuridico, mentre, nella normalità quotidiana, continuava purtuttavia di regola a stare sempre nella casa maritale, da sola o continuando nel caso a vivere con i figli e condividendo con essi l'amministrazione e lo sfruttamento economico del patrimonio familiare (e per tal verso, se il diffondersi del matrimonio *sine manu* è stato posto in relazione soprattutto con famiglie di un certo livello di ricchezza, in cui in particolare si sarebbero così tutelate le aspettative successorie della donna nei confronti del *pater* originario – o quelle degli agnati sul patrimonio della donna –, non sembra da dimenticare come, al di là di simili schematismi, la convivenza madre e figli e dopo la morte del padre nella stessa casa non doveva certamente essere soluzione rara nel contesto repubblicano, anche per quanto riguarda le famiglie non particolarmente ricche; né è qui il caso di richiamare i vari elementi che – superando l'apparentemente definitiva contrapposizione tra usufruttuario e nudo proprietario e le sue astratte conseguenze apparenti – convergono nel far ritenere tale soluzione come quella normale nella società romana laddove il *paterfamilias* non disponesse di una pluralità di cespiti patrimoniali da dividere tra i figli e l'usufrutto della vedova)².

Il non voler attribuire rilevanza, da parte del libro in esame, a come l'esigenza complessiva perseguita attraverso l'introduzione dell'usufrutto non fosse solo un mero problema di di manteni-

²) Cfr. in particolare F. ZUCCOTTI, «*Partus ancillae in fructu non est*», in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro», Padova, 2001, p. 184 ss. e soprattutto p. 244 ss.

mento materiale, ma semmai la necessità di giustificare giuridicamente, per così dire, quel permanere della vedova nella casa familiare, nel caso insieme ai figli, anche dopo la morte del *paterfamilias*, non impedisce in ogni caso l'indagine da esso condotta appaia egualmente utile per smussare certi estremismi dottrinari, che, specie nell'accettazione tralattica di una più sfumata *communis opinio* originaria, tendono ormai a ridurre sovente il problema risolto da tale istituto ad una improbabile esigenza di impedire la morte di fame della vedova, dimenticando il più articolato contesto di vita quotidiana e le più complesse questioni giuridiche cui verosimilmente si deve il sorgere dello *ius utendi fruendi*. Ed i dubbi e le possibilità di ipotesi diverse che la sua lettura desta immediatamente rendono in effetti il primo capitolo estremamente interessante, specie nel suo mettere a nudo, attraverso l'estremismo della tesi sostenuta, gli aspetti problematici della corrente *vulgata* delle idee ricostruttive circa le origini di tale istituto, incentrata su di un mero mantenimento materiale della donna frutto di una considerazione alquanto astratta e parziale della realtà delle cose.

Il secondo capitolo (*La mancipatio familiae e l'usus fructus*, p. 63-128) mostra tuttavia sino in fondo le difficoltà strutturali della tesi dell'autrice: ma, con esse, la problematicità estrema di non poca parte delle idee per tal verso sostenute da certa parte della dottrina in ordine alla *mancipatio familiae*.

L'aspetto su cui si impenna innanzitutto la ricostruzione (p. 74 ss.) è il fatto che la *mancipatio familiae* non costituisce propriamente un atto testamentario, ma un atto *inter vivos* che a rigore trasmetterebbe immediatamente l'intero patrimonio del disponente al *familiae emptor*, mentre, in base alla formula usata, soltanto l'incarico fiduciario dato a quest'ultimo operava propriamente *mortis causa*. D'altra parte, seguendo la componente più astrattamente rigorosa e dogmatica della dottrina, l'autrice rifiuta quelle posizioni di buon senso – da Ludwig Mitteis a Silvio Perozzi sino a Mario Talamanca – secondo le quali, benché in generale la *mancipatio*, in quanto *actus legitimus*, non tollerasse termini e condizioni (regola del resto teorizzata e verosimilmente generalizzata solo in seguito), egualmente la fattispecie della *mancipatio* della *familia* a scopo successorio dovesse invece intrinsecamente essere sottoposto alla condizione, essenziale alla funzionalità stessa del negozio, della morte del testatore: così come viene del pari scartata la interessante congettura di Alessandro Corbino (p. 80 nt. 157) secondo cui, ben di più, la morte del disponente doveva di per sé rappresentare una sorta di *condicio iuris*, in quanto tale sottraentesi alle regola della inapponibilità al negozio di elementi accidentali.

L'autrice preferisce quindi seguire, ed anzi in certa parte esasperare, quella linea dottrinale secondo cui l'effetto traslativo a favore del *familiae emptor* sarebbe stato immediato ed avrebbe così privato subito il testatore della proprietà del suo patrimonio, rifacendosi in particolare all'assunto che questo non avrebbe creato eccessivi problemi dato che nella normalità dei casi tale negozio si compiva solo in immediato pericolo di vita (p. 79 nt. 157): e, in maniera invero un po' surreale, si arriva per tal via addirittura a parlare (p. 83) di un testatore che avesse continuato «più o meno inaspettatamente a vivere, dopo il compimento del negozio librato».

Ora che al testatore, una volta compiuta la *mancipatio familiae*, in certo modo convenisse prudenzialmente morire sarebbe paradossalmente in effetti anche vero, se con essa egli si fosse in ipotesi già spogliato definitivamente dei suoi beni e fosse divenuto nullatenente e, come vorrebbe l'autrice, con grossi problemi di sussistenza: ma proprio la paradossalità di questo risultato avrebbe dovuto mettere la ricerca sull'avviso dell'intrinseca problematicità di tale ricostruzione. Se anche si ammettesse che alla *mancipatio familiae*, nella falsariga del più antico *testamentu in procinctu* militare, in origine si ricorresse soltanto quando si fosse in immediato pericolo di vita, certo in tal caso lo strumento escogitato dalla giurisprudenza sarebbe stato in ultima analisi piuttosto strano e beffardo nel rispondere alle esigenze dei *cives*, che in tale ipotesi – pur di fronte alla forte probabilità di stare per morire – in ogni caso, anche nella più o meno remota possibilità di sopravvivenza, si precludevano in questo modo qualsiasi speranza di continuare una vita normale, dato che anche se non fossero morti si sarebbero comunque ritrovati rovinati: in effetti questo masochistico aggiungere disgrazia a disgrazia, e rovine economiche certe ad eventi luttuosi probabili, sembra andare pianamente contro la volontà normale dei testatori, e quindi contro la cosiddetta esigenza economico-sociale cui il negozio così

individuato avrebbe dovuto rispondere, dato che ciò che è necessario a chi si trovi in immediato pericolo di vita è semmai disporre della propria successione nell'eventualità della propria morte, non certo spogliarsi una volta per tutte del proprio patrimonio e perderlo comunque definitivamente, sia in ipotesi di decesso sia in ipotesi di – magari difficile ma pur sempre agognata – sopravvivenza.

Anche l'autrice, infatti, si rende conto della assurdità latente di tale soluzione, già di per sé a stento soltanto configurabile in una esperienza giuridica come quella romana, dove per di più la giurisprudenza altorepublicana risultava, al contrario, piuttosto libera nel piegare le forme negoziali dello *ius civile* al raggiungimento dei fini pratici che si ponevano: ma pensa di poter risolvere tale problema postulando che per evitare la morte di stenti del testatore sopravvissuto si ricorresse appunto ad un usufrutto a suo favore. E questo, purtroppo, fidandosi in maniera un po' aporetica delle prospettive dogmatizzanti proprie di epoche alquanto successive, come l'inapponibilità di elementi accidentali agli *actus legitimi*, e senza soffermarsi invece a considerare il decisivo aspetto appunto fiduciario della *mancipatio familiae*, ed in particolare il fatto che l'incarico dato al *familiae emptor* riguardasse il momento successivo alla morte del disponente: per cui, almeno in una prospettiva di obblighi sociali, fortemente sentiti nella Roma arcaica, il comportarsi da «padrone» da parte del *familiae emptor*, impedendo al testatore sopravvissuto di avvalersi del proprio patrimonio per mantenere se stesso ed i propri familiari, sarebbe stato con ogni verosimiglianza percepito come una mostruosità, così da condurre la *civitas* a risolvere nella maniera più piana ed immediata, quantomeno su di un piano sociale se non di diritto, il curioso problema della sopravvivenza senza beni di fortuna di quest'ultimo; e questo in origine anche soltanto attraverso un mera interdizione morale, che tuttavia, in caso di ipotesi di violazione che la cosiddetta coscienza sociale avrebbe considerato sostanzialmente senz'altro in termini di abuso, avrebbe condotto comunque ad un verosimilmente divieto etico: per di più rendendo del tutto probabile che si arrivasse in tempi piuttosto veloci ad un intervento della giurisprudenza e magari persino di una *lex* per ovviare alla possibilità di una simile aberrazione. Prospettiva concretamente storica che, ancora una volta, mostra a maggior ragione la inconfigurabilità di fondo della tesi sostenuta dal libro in esame, dato che uno iato tanto grande ed essenziale tra il costume ed il diritto avrebbe di per sé dovuto condurre, anche su di un piano giuridico, a superare quanto prima tale impostazione formalistica che privava il testatore, pur ancora vivente, del proprio patrimonio e quindi degli stessi mezzi di normale sussistenza.

La via scelta dall'autrice per superare la problematicità di una *mancipatio familiae* che lascia il testatore una volta sopravvissuto senza la disponibilità dei propri beni è quindi quella dell'escogitazione da parte dei *prudentes*, in epoca alquanto risalente, di una *deductio* dell'usufrutto dalla *mancipatio*, tale da consentirgli di provvedere al proprio mantenimento, sia pur, ovviamente, su piani di disponibilità economica alquanto ridotti rispetto alla situazione originaria: ed è questo un ulteriore aspetto di inverosimiglianza che involge la tesi sostenuta dal libro in esame, dato che il gravare di un usufrutto sul patrimonio di ogni cittadino che avesse provveduto a fare testamento avrebbe comportato per così dire il blocco del suo intero patrimonio per periodi non certo brevi, attesa in particolare l'intensa attività militare dei Romani e quindi la verosimiglianza di un testamento prudenzialmente redatto dalla più parte dei *cives* già da giovani, se *sui iuris*, prima di partire per le campagne belliche, e per tal via una alquanto diffusa impossibilità a Roma di vendere qualsiasi oggetto, pur anche minimo, di un patrimonio di cui, nella prospettiva qui seguita, nessuno avrebbe più avuto la piena disponibilità. Non solo: se si ammette che facendo testamento il *civis* si spogliasse della proprietà dei suoi beni trattenendone il solo usufrutto, trovandosi così anche nella impossibilità di procedere ad un nuovo testamento, sarebbe altresì da considerare il fatto che, se con i proventi di tale reddito ovvero come preda bellica o per altre cause ancora avesse conseguito ulteriori beni, questi non erano propriamente considerati dalla *mancipatio*, che attribuendo singoli cespiti patrimoniali agli eredi non doveva di norma dividere il complesso dei beni *pro quota*, ma indicarli singolarmente o per cespiti, cosicché, nell'impossibilità di realizzare un nuovo testamento in vista della perdita di proprietà dell'originario patrimonio, i nuovi acquisti avrebbero dovuto essere al limite oggetto di una nuova *mancipatio fami-*

liae, con la conseguenza di dover aggiungere un nuovo negozio di tale tipo, al limite, ad ogni nuova campagna militare e di spezzare così le proprie ultime volontà, contrariamente a quella che sarà la concezione unitaria romana del testamento, in una frammentata pluralità di atti. Ma, inoltre, tale irrevocabilità della *mancipatio familiae*, anch'essa di per sé alquanto lontana dalla concezione romana degli atti di ultima volontà, avrebbe per altro verso non solo reso definitivi lasciti particolari ad amici con cui il testatore avesse nel caso poi ad esempio litigato, ma molto di più avrebbe reso impossibile far partecipare alla spartizione del patrimonio tra i figli quelli nati dopo la redazione della *mancipatio familiae* stessa (né avrebbe senso osservare, in senso contrario, che questa poteva contenere una clausola di diseredazione di tutti i *ceteri* compresi i *postumi*, soluzione astrattamente giuridica e solo formale che non avrebbe ovviamente rimediato alla ingiustizia sostanziale, presumibilmente di solito non poco sentita dal *pater*, di una iniqua divisione del patrimonio ereditario dovuta a motivi cronologici del tutto estrinseci alla logica dei rapporti familiari).

Se tali aspetti non sarebbero dunque neppure in parte rimediati dall'escogitazione dell'usufrutto, che nelle stesse prospettazioni dell'autrice avrebbe risolto semmai il solo aspetto del mantenimento del testatore – che a sua volta nella falsariga da essa seguita parrebbe del resto l'unico e solo problema posto da una simile conformazione della *mancipatio familiae* –, la stessa soluzione dello *ius utendi fruendi* non appare, alla luce della ricostruzione tentata dal libro in esame (p. 86 ss. e 91 ss.), per nulla esente da ulteriori aspetti a loro volta alquanto problematici.

Anche senza volersi soffermare sulla richiamata teoria ricostruttiva della concezione originaria dello *ius utendi fruendi* in termini di diritto sui frutti, autorevolmente sostenuta ma alquanto lungi dal costituire una certezza (lasciando essa alquanto irrisolta, se non altro, la questione non secondaria della amministrazione della *res*), l'idea professata dall'autrice, secondo cui non vi sono ragioni per escludere che tale istituto si sia sviluppato già in epoca decemvirale o in età immediatamente successive – soluzione ovviamente essenziale per le tesi qui sostenute – appare in verità raggiunta e contrario, ossia appunto insistendo sul fatto che mancano argomenti definitivi per dimostrare l'impossibilità di una simile risalenza di tale figura, ma risulta del tutto priva di argomenti positivi: e d'altra parte segue falsarighe che evitano in ultima analisi (p. 108 ss.) qualsiasi considerazione globale dell'ordinamento romano arcaico e con essa un esame effettivo della compatibilità di fondo del sorgere di un istituto quale lo *ius utendi fruendi* – per così dire di secondo grado rispetto alla regolamentazione della proprietà che emerge dalle XII Tavole – nel contesto del quadro di insieme che può sino a prova contraria desumersi dalla legislazione decemvirale considerata nel suo complesso sistematico.

Per tal verso, quello che lascia soprattutto stupito il lettore appare l'intrinseca contraddizione tra una giurisprudenza che, per quanto riguarda la essenziale finalità testamentaria, è incapace di elaborare un istituto consono agli scopi cosiddetti economico-sociali sottese nella mentalità comune a tale atto, dato che nella tesi sostenuta dall'autrice la *mancipatio familiae* priverebbe immediatamente il testatore della disponibilità del suo patrimonio, mentre d'altra parte sarebbe abbastanza scaltrita e raffinata da escogitare una soluzione quale la *deductio* dell'usufrutto, che si situa evidentemente su piani alquanto più evoluti nella considerazione della proprietà e nella conseguente possibilità di scinderne i vari aspetti: soprattutto, stupisce la prontezza della ricerca – che pur ritiene la giurisprudenza arcaica appunto incapace di intervenire sulla formula della *mancipatio familiae* per evitare, nella tesi da essa sostenuta, l'immediato effetto traslativo a favore del *familiae emptor* di tutto il patrimonio del testatore – nel postulare che invece fosse del tutto agevole ed immediato rivoluzionare sin dalle fondamenta tale impostazione intrinseca alla *mancipatio* stessa mediante un'inopinata e sino allora del tutto sconosciuta clausola '*deductis fructibus dum vivas*' (p. 107). Non sembra per nulla convincente, in effetti, che prima, trattando degli effetti della *nuncupatio*, si ritenga impossibile, per la ancora rozza giurisprudenza arcaica, arrivare a conformare la *mancipatio familiae* a quelle che erano le esigenze del testatore, ossia il disporre dei propri beni solo per il momento successivo alla propria morte, facendogli nel frattempo conservare la normale disponibilità del proprio patrimonio, mentre d'altro lato questa stessa scienza giurisprudenziale diviene di colpo inaspettatamente geniale nell'escogitare nuove soluzioni ed affatto libera da vincoli e tecnicamente capace della loro realizzazione formulare

quando invece si tratti di introdurre un nuovo e più difficile istituto quale l'usufrutto.

Se la problematicità di intervenire sulla formula della *mancipatio familiae* da parte di una giurisprudenza ancora alquanto primitiva appare definitivamente contraddetta dall'altro livello che si vorrebbe da essa per altro verso raggiunta nell'escogitare e nell'introdurre in tale negozio la *deductio usus fructus*, non convincono infine neppure gli argomenti recati dal terzo capitolo (*L'usufrutto in Grecia?*, p. 129-178) per mostrare i riferimenti in base ai quali i Romani sarebbero potuti arrivare ad «inventare» lo *ius utendi fruendi*, individuandoli appunto negli ordinamenti greci.

Anche senza voler entrare nelle tesi che la dottrina ha avanzato in tale direzione sin dalla fine dell'Ottocento, è sufficiente ai fini di queste brevi note rilevare come l'autrice richiami una pluralità di casi, per lo più relativamente piuttosto noti nella loro maggior parte, in cui, nelle testimonianze greche, si realizzano ipotesi ove la proprietà di una cosa risulta separata, specie per quanto riguarda la facoltà di alienarla, dal diritto di usarla e di percepirne le utilità: dopo aver esaminato la dottrina relativa al problema di un'origine greca dell'usufrutto, partendo in particolare dalla teoria avanzata in tal senso da Moritz Voigt (p. 129 ss.), vengono quindi richiamate, specie in relazione al significato del verbo *καρποῦσθαι* (p. 132 ss.), l'epistola 7 (345c ss.) di Platone (in cui si dice che il tiranno di Siracusa Dionisio II aveva concesso all'esiliato Dione di disporre e di godere i frutti delle sue ricchezze, di fatto sequestrategli, ma non di poterle alienare, temendo che il denaro così ottenuto venisse usato dall'esule contro di lui: p. 134 ss.), la prima orazione (27.5) di Demostene contro il cugino Afobo (in cui il padre dell'oratore lascia al tutore Terippide, quale sorta di compenso e di lata garanzia di un'onesta amministrazione, una ingente somma in mutuo gratuito, affinché ne goda i frutti fino alla maggiore età del figlio: p. 140 ss.), l'orazione *Su Alonneso* sempre di Demostene (ove – §§ 39-41 – si narra di come Filippo II conceda a tale Apollonide di Cardia il diritto di appropriarsi dei frutti di un territorio conquistato dal re macedone: p. 144 ss.) nonché l'orazione per l'eredità di *Hagnia* di Iseo (in cui – §§ 41-42 – parrebbe esservi un diritto di godimento da parte del padre sui beni lasciati da terzi in eredità a sua figlia: p. 146 ss.) ed infine la seconda orazione demostenica contro Beoto (nella quale – §§ 50-51 – risulterebbe esservi stato un più o meno analogo diritto del marito sulla dote della moglie: p. 149 ss.); quindi, dopo aver richiamato (p. 151 s.) Polibio – *hist.* 10.28.3 –, in cui si dice che «i Persiani, al tempo della loro egemonia sull'Asia, concedettero, a chiunque conducesse acqua di fonte in località precedentemente non irrigate, la facoltà di godere dei frutti del terreno per cinque generazioni», si arriva finalmente (p. 154 ss.) alla nozione di *χρήσις*, in certo modo rapportabile, specie alla luce di alcuni passi aristotelici (ed in particolare *pol.* 1262a-1263a), alla facoltà di godere dei frutti di una cosa, ed in tale prospettiva viene così esaminato (p. 161 ss.: cfr. già p. 106 nt. 208) il noto passo della lettera di Curio a Cicerone (*fam.* 7.29.1) in cui si contrappone la nozione di *χρήσις* a quella di *κτήσις* tracciando per tal via un parallelo tra essi e l'analogo rapporto tra i concetti romani di 'fructus' e di 'mancipium' (... *suum enim χρήσει μὲν, tuus κτήσει δὲ, Attici nostri. ergo fructus est tuus, mancipium illius* ...): passo che – specie in relazione ad Arist., *rhet.* 1361a, ove il senso di *κτήσις* risulta incentrarsi sulla facoltà di alienare il bene (p. 162 s.) – viene così interpretato contrapponendo l'idea di godimento insita nel termine 'fructus' e quella di «disposizione» della cosa (con conseguente possibilità di procedere appunto alla *mancipatio* di essa) implicata dalla parola 'mancipium'. Infine, la trattazione (p. 167 ss.) si rivolge ad un papiro (*P.Oxy.* II, 237, c. VIII, ll. 31-37) recante il relativamente noto editto del *praefectus Aegypti* Mettio Rufo dell'89 d.C. («FIRA.», I, n. 60, p. 324 ss.), ove la nozione di *χρήσις* viene ancora una volta interpretata, richiamandosi a Giovanni Pugliese, nel referente dello *ius utendi fruendi*, quale istituto volto ad assicurare ad un soggetto il godimento vitalizio di un bene, anche se, riferendo tale diritto ai genitori, la *κτήσις* dei figli viene vista come un diritto loro spettante soltanto dopo la morte dei primi, ossia come una facoltà piena di disporre del bene difficilmente rapportabile al valore romano della cosiddetta «nuda proprietà» (p. 175 s.). Nelle osservazioni conclusive poste alla fine del capitolo, l'autrice si limita a riscontrare (p. 177 s.) che tra i concetti di *καρποῦσθαι* e quello di *χρήσις* non vi è una netta linea di demarcazione, dato che «entrambi i termini si prestano, a seconda delle circostanze, a confrontarsi con il romano *usus fructus*»,

anche se in ogni caso, «mentre dai giuristi romani furono ben presto elaborate due figure giuridiche nettamente distinte, quella dell'*ususfructus* e quella dell'*usus*, nulla di simile dovette accadere nella Atene di Aristotele e Demostene», cosicché, quando ad esempio in D. 7.8.10.1, (Ulp. 17 *ad Sab.*) Papiniano contrappone la *χρήσις*, nel senso di '*usus*', all'usufrutto (mentre verosimilmente altri *prudentes* interpretavano invece *χρήσις* in termini di usufrutto), lo fa in vista di una distinzione concettuale del tutto romana ed ormai applicata a posteriori alla terminologia greca. E qui il libro, invero un poco improvvisamente, si conclude.

L'esame delle teorie moderne circa un'origine greca dell'usufrutto e la rilettura delle principali fonti in materia è certo alquanto interessante ed utile al lettore, dato che il prevalere delle tesi ricostruttive escludenti tale possibilità sembra in certo modo aver condotto come in certo modo a dimenticare gli elementi testuali che recano spunti in tale diversa direzione: e per tal verso, nella sua completezza e nel suo nitore esegetico, l'indagine condotta dall'autrice appare senz'altro pregevole ed alquanto meritoria.

Restano, forse, talune perplessità derivanti in primo luogo dal fatto che, dopo aver postulato una possibile origine dello *ius utendi fruendi*, o quantomeno della figura dell'usufrutto, come si è visto già in epoca decemvirale, non si comprende fino in fondo l'influenza che potrebbero avere avuto sull'elaborazione giurisprudenziale romana spunti greci attestati da fonti risalenti al massimo al quarto secolo a.C., in una prospettiva ove quindi, più che trarre da essi suggerimenti per ideare l'istituto, i più antichi giuristi romani avrebbero tutt'al più potuto ricavare per tal via un generico conforto semmai per elaborare dalla *deductio* dell'usufrutto – concessa, nell'ipotesi seguita dal libro in esame, al testatore che procedesse alla *mancipatio familiae* – quello che sarà lo *ius utendi fruendi* di età storica.

L'autrice non appare approfondire tale prospettiva, ma in ogni caso, in ordine a tali ipotetiche corrispondenze, sembrano sorgere ulteriori perplessità, dato che, se in effetti la contrapposizione greca tra *χρήσις* (e *καρποδοσθα*) e *κτήσις* rinvia immediatamente ad una empirica distinzione tra l'appartenenza di una cosa, con connessa facoltà, in particolare, di alienarla, e l'attribuzione di un mero godimento su di essa, con conseguente il diritto di usarla e di trarne i cosiddetti frutti, una simile differenziazione, di buon senso prima ancora che dogmatico-giuridica, corrisponde alla fine ad una intrinseca necessità di distinguere le differenti utilità che nella realtà socio-economica un bene può di per sé fornire e che l'ordinamento, qualora gli risulti utile, può senza problema attribuire a soggetti diversi (si pensi, in un ovvio esempio, alla contrapposizione tra dominio utile e dominio diretto del diritto intermedio, o alle soluzioni circa lo sfruttamento agricolo dei fondi che nelle monarchie orientali discesero dalla proprietà in linea di massima statutale della terra): differenti utilità che quindi non sono in un rapporto inevitabile e necessario con uno specifico diritto di usufrutto che, in ipotesi, può pur in loro presenza non essere ancora stato neppure inventato, mentre a sua volta la percezione di tale distinzione non comporta certo che si debba giocoforza arrivare per tal via ad enucleare un simile istituto, ben potendo essa rimanere sottesa a svariate soluzioni giuridiche senza tuttavia divenire una specifica figura rapportabile all'usufrutto (come infatti avviene nel diritto attico e in genere negli ordinamenti ellenici), mentre d'altra parte lo stesso usufrutto, in ultima analisi, non appare altro che una fra le tante soluzioni possibili per tradurre nella positività del diritto l'utilità di distinguere in determinati casi tra titolarità e godimento del bene (e per tal verso non risulta neppure a Roma l'unica figura giuridica che comporta una simile scissione tra proprietà e godimento).

Per tal verso, attesta dunque la specificità storica dell'usufrutto come soluzione prettamente romana, non si vede neppure perché mai, rintracciando i prodromi costruttivi che condussero alla nascita dello *ius utendi fruendi*, si debba dare tanta enfasi a simili precedenti greci circa la distinzione tra appartenenza del bene (e connessa facoltà di alienarlo) ed attribuzione dell'uso e del godimento di esso, dato che gli antichi *prudentes* romani, anche se non avessero in ipotesi saputo nulla delle soluzioni adottate dal tiranno di Siracusa per permettere ai suoi oppositori di godere dei proventi del proprio patrimonio vietandogli tuttavia di alienarlo e quindi di liquidizzarlo, ovvero della pratica quantomeno ateniese di concedere un mutuo gratuito al tutore per compensarlo della sua opera, o ancora delle concessioni di Filippo di Macedonia volte ad attribuire ad altri lo sfruttamento di un

territorio conquistato, avevano tranquillamente di fronte analoghi ed altrettanto se non più pregnanti spunti, alquanto più prossimi e congeniali alla loro visione giuridica, che nella maniera più piana presupponevano una analoga strutturale differenziazione tra spettanza del bene in quanto tale e concessione della facoltà di sfruttarlo: basti pensare (come in effetti ha fatto parte della dottrina) ad un istituto come quello dell'*ager publicus* (si pensi tra l'altro alla formula '*habere possidere frui licere*' che comparirà nella *petitio* dell'*ager stipendiarium vel tributarium*, e a come Gaio – *inst.* 2.7 – parlerà di *possessio vel ususfructus* a proposito dei fondi provinciali) ovvero, su un altro piano, ad una figura quale la concessione di terreni in precario ai clienti, o ancora alle ipotesi di *fiducia cum amico* relative ad immobili (dove il diritto del concedente si riduce ad un mero patto di restituzione fondato sulla *fides* ed i conseguenti obblighi sociali) o di comodato (anch'esso verosimilmente alquanto antico e diffuso su di un piano fiduciario prima di ricevere riconoscimento e tutela nell'editto pretorio): mentre l'escogitazione di dare gratuitamente in prestito una somma ad una persona che si voleva in tal modo favorire o ricompensare doveva essere, nel caso, a maggior ragione soluzione ancora più semplice se non banale. Del resto, se sotto tali aspetti l'idea espressa dal verbo *καρποῦσθαι* così come il distinguere le utilità di una *res* secondo le falsarighe espresse in greco dai termini greci *κτήσις* e *χρήσις* doveva apparire nei suoi aspetti sostanziali una concettualizzazione piuttosto scontata anche a Roma, lo steso fatto che, dopo il compiuto sorgere dello *ius utendi fruendi*, ancora Curio, scrivendo a Cicerone, in *fam.* 7.29.1 ('... *suum enim χρήσει μὲν, tuus κτήσει δὲ, Attici nostri. ergo fructus est tuus, mancipium illius ...*') tracciasse un parallelo tra *χρήσις* e '*fructus*' e tra *κτήσις* e *mancipium* in ogni caso presentato come un non banale né immediato gioco di parole appare comunque implicare – al di là dei certo ben più complessi problemi esegetici che il passo comporta – che tale corrispondenza non fosse affatto tanto scontata ed abituale, come verosimilmente sarebbe invece stato se l'ordinamento romano si fosse ispirato a tali spunti greci per elaborare le linee costruttive dello *ius utendi fruendi*: e soprattutto appare limitarsi ad individuare tra le due coppie di nozioni una corrispondenza di massima estrinseca ed interpretativa che ancora una volta sembra deporre pianamente nel senso di una contrapposizione tra titolarità e godimento della *res* che può comparire, secondo falsarighe giuridiche non necessariamente coincidenti ed anzi per lo più affatto diverse, in ogni ordinamento.

Se quindi, come già tante volte ribadito in dottrina, le apparenti analogie tra concettualizzazioni greche e romane circa la distinzione tra titolarità e godimento di una *res* risultano ben lungi da autorizzare a postulare una derivazione più o meno diretta dello *ius utendi fruendi* da precedenti ellenici, nello studio in esame rimane a maggior ragione piuttosto latente l'aspetto, pur non secondario nelle architetture di tale ricerca, di come si sia svolto il passaggio, nel caso aiutato da tali elaborazioni greche, dalla *deductio usus fructus* dalla *mancipatio familiae* allo *ius utendi fruendi* vero e proprio, ed in particolare al legato di usufrutto, che si riscontra in età storica: né il fatto che la prudente ritrosia dell'autrice eviti una definitiva messa a fuoco della ricostruzione proposta in sede di conclusioni generali aiuta certo il lettore a superare tali dubbi. Mentre, se le pur sensate critiche all'idea del sorgere dell'usufrutto come legato volto al mantenimento della vedova nel matrimonio *sine manu*, pur contribuendo sensibilmente ad una sua revisione, non riescono certo a scalzare le linee di fondo dell'ipotesi ricostruttiva dominante, a sua volta non appare tale da convincere il lettore la stessa idea centrale del libro, volta a considerare la *deductio usus fructus*, sorta in tale ipotesi in epoca alquanto risalente, come un rimedio escogitato per evitare che, dopo il compimento della *mancipatio familiae*, il testatore si trovasse deprivato del suo patrimonio, ormai traslato al *familiae emptor*: una falsariga ricostruttiva che, come si è visto, urta contro l'immediata obiezione dell'assoluta inidoneità di simile negozio, in tal caso, a rispondere alla più ovvia esigenza socio-giuridica sottesa a qualsiasi forma testamentaria, ossia quella di disporre in ordine alle sorti dei propri beni soltanto per il momento successivo alla morte del testatore, senza che egli ne debba perdere la completa e normale disponibilità sinché sia in vita, con il risultato di poter escludere pianamente, in tal caso, quel successo e quella diffusione che, al contrario, la *mancipatio familiae* dovette invece conoscere nella Roma più arcaica, ponendosi così alla base della successiva evoluzione delle forme testamentarie.

Ma tutto questo non toglie che si tratti in ogni caso di un libro di alquanto piacevole ed interessante lettura, relativamente completo nei suoi riferimenti testuali e nel complesso ben argomentato nella sua architettura, né, soprattutto, inutile allo stato della dottrina in materia per quanto riguarda la riconsiderazione da esso fornita dei vari problemi connessi al sorgere dell'usufrutto a Roma, così come per quanto riguarda gli astratti formalismi dogmatici che come si è visto secondo certa dottrina avrebbero reso la *mancipatio familiae* in pratica del tutto inidonea a raggiungere i suoi fini pratici: soprattutto, data la peculiare ipotesi ricostruttiva sostenuta ed il conseguente taglio dell'indagine, esso appare consentire una talora persino inaspettata rivisitazione critica di molti aspetti di una dottrina circa le origini di tale istituto che ormai tende a divenire tralatizia ed apologeticamente accettata più nei suoi risultati ultimi che nei suoi specifici gangli argomentativi. Ed anche se il libro non riesce in effetti a convincere il lettore della plausibilità dell'idea ricostruttiva proposta in ordine alle origini dell'usufrutto, alla fine questi rimane alla fine in ogni caso soddisfatto della sua fatica poiché, grazie alla messa a fuoco di molti dei punti dubbi della dominante dottrina in materia, la sua conoscenza delle problematiche sottese alla nascita dello *ius utendi fruendi* risulta senz'altro accresciuta e resa alquanto più consapevole.

Le origini dell'usufrutto

Il saggio di Renato La Rosa sull'usufrutto¹ potrebbe apparire a chi non sia troppo addentro ai problemi ricostruttivi relativi all'usufrutto ed alle sue origini un libro che opacamente si ferma ad una cosiddetta ricognizione dello stato della dottrina senza nulla aggiungere di personale e di nuovo a quanto già detto in materia. E questo anche a causa della prudente serietà dell'autore che si limita a considerare le teorie ricostruttive già avanzate sottoponendole a critiche varie, senza enfatizzare troppo le nuove visuali cui perviene attraverso queste ultime, e d'altra parte rinuncia sembrerebbe programmaticamente a compendiare i risultati di tale indagine mostrandone le potenzialità ermeneutiche, anche se essa in realtà appare condurre a prospettive ricostruttive circa l'usufrutto alquanto nuove, né certo limitarsi alla critica demolitoria cui il libro sottopone non a torto la più parte delle principali ipotesi avanzate dalla dottrina.

Ma ad una più attenta considerazione, e soprattutto se rapportato allo stato degli studi in materia, il saggio ha l'indubbio e per nulla secondario merito di sgombrare il campo, con una critica serrata e tendenzialmente completa, da non pochi dei miti e degli pseudoproblemi che hanno a lungo caratterizzato le indagini sulle origini dell'usufrutto, sia per quanto innanzitutto riguarda i loro positivi risultati, sia soprattutto in relazione a problematiche a lungo ritenute centrali ed irrinunciabili nell'affrontare tali temi, ma che ad una migliore esame si rivelano semplicemente degli inutili orpelli e delle complicazioni piuttosto gratuite che, piuttosto che aiutare l'approfondimento e la messa a fuoco delle tante questioni relative alle origini dell'istituto, le hanno invero complicate e quindi oscurate involvendole in problemi, di ordine in particolare dogmatico e relativi a situazioni sistematiche recenziori, che con ogni verosimiglianza non avevano nulla a che vedere con la prima e decisiva costruzione dell'istituto da parte della giurisprudenza mediorepubblicana.

Chi abbia, in ragione dei suoi studi, affrontato e per così dire patito tale insieme di false prospettive, che per vari versi continua ad opprimere la visione delle origini dell'usufrutto, ed abbia percepito direttamente i continui ostacoli che tale congerie di visuali frappone a chi voglia riconsiderare tali problemi badando più alla verosimiglianza storica che alle costruzioni dogmatiche successive, non può quindi che essere estremamente grato all'autore per aver finalmente voluto affrontare in modo sistematico tali pseudocertezze e soprattutto simili discutibili prospettive d'indagine a lungo impostesi quali imprescindibili strade maestre alle ricerche su tale tema, e non può che ap-

¹) *Usus fructus. Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli, Jovene, 2008, p. XII, 308.

prezzarlo per averne scosso la relativa piana ed indiscussa accettazione da parte di una *communis opinio* sovente piuttosto distratta nel considerare, specie guardando a problemi particolari, il reale fondamento costruttivo di tali teorie generali, tanto diffuse quanto sovente opinabili nei loro risultati ricostruttivi nonché piuttosto dubbie nei loro presupposti metodologici.

Certo, la scelta dell'autore di scrivere in fondo quasi soltanto per chi, come lui, si sia occupato direttamente di tali tematiche può infastidire il lettore estraneo o non troppo interessato a tali approfondimenti, così come d'altra parte è forse eccessiva la scelta di non volere sintetizzare i risultati della propria ricerca in un paragrafo di conclusioni generali che avrebbe com'è ovvio facilitato da parte di chiunque la messa a fuoco e la valutazione di tali apporti innovativi: ma le critiche mosse dal saggio alle molte dottrine in materia, che il più delle volte mostrano la loro inaccettabilità di fondo, compensano ampiamente la fatica di dovere raccogliere tali spunti senza l'aiuto dell'autore, e di dovere procedere da soli, alla fine, ad una considerazione generale delle origini dell'istituto che, dopo tale *pars destruens*, in ogni caso si presenta senz'altro alquanto più ricca di possibilità di ricerche e di nuove soluzioni ermeneutiche. E può darsi che sia stata proprio il potenziale carattere quasi rivoluzionario dei risultati in tal modo implicitamente raggiunti a scoraggiare forse all'autore dal procedere ad una sintesi che per vari versi sarebbe potuta sembrare, credo, persino presuntuosa, ma in ogni caso tale da segnare, nei nuovi studi sull'argomento, in certo modo quasi una tappa non secondaria della ricerca: quantomeno, per il coraggio che occorreva per seppellire finalmente non poche delle falsarighe attraverso cui è proceduta nei decenni scorsi non poca parte degli studi in apparenza più raffinati ed approfonditi sulle origini dello *ius utendi fruendi*.

Se il volume è piuttosto avaro di professioni metodologiche e di considerazioni generali sul lavoro compiuto, la scarna *Prefazione* (p. XII s.) consente in ogni caso di mettere a fuoco almeno nelle loro linee essenziali le coordinate generali su cui si imposta l'indagine; premesso che, come osservava Giuseppe Grosso, «lo studio dell'usufrutto costituisce una formidabile palestra, che allena al duro lavoro scientifico a prezzo di sacrificio e fatica, remunerati, come sempre 'sul campo', dal sapore (parente stretto del sapere) intellettualmente squisito, che scaturisce dallo studio dell'affascinante realtà storica» e che «lo studio della storia dell'usufrutto costituisce un osservatorio affatto privilegiato che consente di apprezzare pienamente i reciproci rapporti di influenza esistenti tra la realtà empirica ed economica e le costruzioni giuridiche», l'autore dichiara di voler prestare «attenzione alla primitiva concezione dell'usufrutto sui fondi rustici per arrivare fino all'epoca dell'approvazione della *lex Falcidia*», per «valutare concretamente la continua ed operosa elaborazione scientifica della disciplina dell'usufrutto romano, sospesa – ed a volte contesa o addirittura combattuta – tra l'influenza dei preesistenti modelli astratti e l'esigenza di rispondere ai bisogni concreti» e quindi indagare, «valutando gli elementi offerti dalle fonti», i problemi costituiti dall'epoca in cui è nato l'usufrutto, dall'oggetto – ovvero dagli oggetti – sui cui fu in origine costituito, e dalla «forma giuridica» in cui venne in essere: indagine ove «la difficoltà del tema è denunciata dal fatto, davvero significativo, che da tanto, sicuramente troppo, tempo non è dato leggere alcuna monografia sull'usufrutto romano», mentre d'altra parte subito l'autore avverte che, in tale prospettiva, «nemmeno questo volume potrà essere definito come tale, perché nelle pagine che seguono passeremo in rassegna soltanto alcuni profili della storia dell'usufrutto».

Per tal verso, la ricerca si articola quindi in quattro parti, dedicate alla nascita e all'oggetto dell'usufrutto, alle *actiones* ad esso relative, al problema del *non usus* estintivo e dell'*usus* acquisitivo ed infine ai rapporti tra la *lex Falcidia* ed il legato di usufrutto.

Nel primo capitolo (*La nascita dell'usufrutto ed il suo oggetto*, p. 1-88) l'indagine inizia guardando ai problemi di datazione dell'usufrutto ed al problema del suo primigenio oggetto, scartando subito la nota tesi di Rudolf Elvers, che collocava le origini dell'usufrutto in epoca decemvirale ed aderendo alla *communis opinio* che colloca il suo sorgere tra il III ed il II secolo a.C., specie in relazione al diffondersi, con funzione alimentare, del cd. *legatum usus fructus omnium bonorum*, verosimilmente connesso al diffon-

dersi del matrimonio *sine manu*, attestatoci in particolare da Cicerone e da Plauto (p. 2 ss.), secondo una prima evoluzione testimoniata nel suo momento finale dalla nota disputa sul *partus ancillae* (p. 6 s.).

A questo punto (p. 8 ss.), osservato che la maggior parte dei testi conservatici nei *Digesta* si incentra sull'usufrutto di fondi e di schiavi, e rifacendosi alla constatazione, risalente a Otto Karlowa, secondo cui l'usufrutto su fondi rustici (e poi urbani) avrebbe preceduto le altre estrinsecazioni dell'istituto riguardo al suo oggetto, l'indagine richiama l'osservazione di Max Kaser, per il quale sarebbe riprova di tale elemento la circostanza che gli interdetti relativi all'usufrutto si modellino su quelli concernenti gli immobili, come conferma, ad avviso dell'autore, l'accostamento *ab antiquo* dell'*uti frui* alle nozioni di *'habere licere'* e di *'possessio'* proprie degli *agri publici* e della cd. proprietà provinciale, concludendo quindi che «l'usufrutto primigenio ... aveva ad oggetto fondi rustici» (p. 10).

In realtà, anche se tale iato può apparire secondario, in queste pagine iniziali vi è stata, senza che l'autore appaia rendersene del tutto conto, una traslazione dall'affermazione precedente, secondo cui la prima forma in linea di massima attestata circa l'istituto è quella del cd. *legatum usus fructus omnium bonorum*, ad un reciso imperniarsi imperniarsi dell'antico *ius utendi fruendi* sui beni immobili: traslazione, questa, in realtà non tanto trascurabile ed anzi preta di conseguenze dogmatico-ricostruttive, dato che un conto è pensare che, nell'usufrutto di un patrimonio o di parti di esso, siano di primaria importanza gli immobili ed in primo luogo i fondi, cui del resto accedono, per così dire, gli schiavi, gli animali e gli altri strumenti agricoli, per cui di fatto la tutela si impernia innanzitutto, ma senza escludere le altre cose, sul carattere appunto immobiliare della *res fructuaria*, altra cosa è muovere *tuout court* da un parallelo sistematico tra l'usufrutto ed altri diritti immobiliari, facendo di tale aspetto una primigenia ed in pratica strutturale caratteristica dell'istituto, con tutte le implicite conseguenze ermeneutiche che ciò comporta. Ed in effetti l'aver in certo modo trascurato le verosimili scaturigini familiari dello *ius utendi fruendi* ed il suo riguardare indifferentemente tutto o cespiti generali del patrimonio del *pater* defunto, in cui pur il fondo assumeva com'è ovvio un'importanza fondamentale, appare, a mio avviso, rappresentare altresì una rinuncia ad ulteriori e più drastici argomenti nella critica a molte delle dottrine in materia che l'autore si appresta ad affrontare. In ogni caso, come si vedrà in seguito, quello che soprattutto qui interessa alla trattazione è porre le premesse per il parallelo costruttivo tra l'usufrutto e le servitù rustiche, ossia un diritto appunto immobiliare, che sarà la falsariga su cui si svolgerà la successiva indagine.

Nel successivo paragrafo (p. 10 ss.) si affrontano quindi la tesi di una primitiva concezione dell'usufrutto quale diritto di credito, da ultimo sostenuta da Pierre Masson ed in certo modo implicata dalla ricostruzione di Filippo Gallo, che ricollegando il sorgere della figura al *legatum sinendi modo* tende a vedervi una sorta di obbligazione solo in seguito trasformata in diritto reale vero e proprio: teorie che l'autore (p. 17 ss.) critica innanzitutto in base all'osservazione che, se l'usufrutto fosse stato trasformato in diritto reale per tutelare il titolare dal rischio di alienazione da parte dell'erede, come si è sostenuto per risolvere le aporie di tale mutamento, questo a rigore avrebbe dovuto comportare una analoga trasformazione, indiscriminata e generalizzata di tutti i diritti ai «frutti» e alle «*operae*», fenomeno di cui non vi è evidentemente traccia nelle fonti: e d'altra parte richiama per tal verso le opposte posizioni dottrinali circa un'originaria valenza reale del *legatum sinendi modo* nonché i forti dubbi che appaiono inficiare l'ulteriore argomento, invocato dai sostenitori di tale tesi, circa la trasformazione della concezione proprietaria del diritto di deduzione d'acqua nel recenziore *ius aquae hauriendae*, che in qualche modo avrebbe favorito, secondo non facili né brevi paralleli su cui qui è meglio sorvolare, la traslazione dell'obbligazione relativa all'usufrutto in uno *ius utendi fruendi* di carattere reale.

Emerge già qui, in effetti, una perplessità che sovente destano le analisi e le critiche mosse dall'autore alle varie posizioni dottrinali, pur in sé condivisibili ed anzi non poco apprezzabili, e consistente nel tendere a condividere in certo modo, pur nel rifiuto dei loro risultati, le metodologie e la sottesa valutazione dei fattori determinanti implicati dalle tesi considerate, rimanendo quindi, anche criticandole, almeno in parte nell'alveo della loro scelta metodologica e degli elementi ermeneutici su cui esse si imperniano, senza trovare l'audacia di sciogliere l'indagine da tali pastoie per procedere senz'altro ad una valutazione di massima della intrinseca verosimiglianza di tali teorie,

che, come quella di un origine dell'usufrutto in termini di diritto di credito, urtano innanzitutto il generale quadro d'insieme del diritto romano più antico e la logica sottesa alla sua evoluzione primigenia (si veda ad esempio la drastica critica mossa risolutivamente da Giuseppe Grosso² a Pierre Masson circa la evidente concezione, ad esempio di Cicerone e del suo corrispondente Curio, dell'usufrutto in termini di potere sulla cosa in antitesi con la proprietà, e non certo come mera varietà di un rapporto obbligatorio): con il risultato – anche se alla fine tale impressione si rivelerà almeno parzialmente errata – che l'indagine, pur superando l'aspetto contenutistico delle teorie ricostruttive via via rifiutate, purtuttavia non riesce a rinunciare del tutto alle vie argomentative e metodologiche da esse seguite, anche se in ipotesi non sempre del tutto perspicue, e soprattutto a mettere una volta per tutte da parte elementi ricostruttivi la cui importanza risulta in realtà alquanto dubbia e che appaiono anzi persino controproducenti nella scelta e nella gerarchizzazione dei fattori utili ad una soddisfacente messa a fuoco delle più antiche vicende dello *ius utendi fruendi* nel contesto generale dell'ordinamento repubblicano.

Segue l'esame delle tesi che tentano di rintracciare le origini dell'usufrutto in relazione alle forme di godimento dell'*ager publicus* (p. 20 ss.) ovvero in termini di forma di proprietà o di comproprietà (p. 30 ss.), che vengono rifiutate (p. 49 ss.) contestandole attraverso vari e decisivi argomenti – in particolare, l'estinzione di tale diritto per *non usus*, la necessità della *perceptio* affinché l'usufruttuario faccia propri i frutti, la estrema debolezza di una concezione possessoria di tale diritto, la receniorità rispetto all'epoca delle origini di esso della sua sussunzione in termini di *pars rei* – che, anche quando non mostrino nella maniera più definitiva, come sovente avviene, la inaccettabilità di tali illazioni dogmatico-ricostruttive, in ogni caso propongono critiche fondamentali alle prospettive in esame, puntualizzando gli elementi già considerati ovvero nuovi che appaiono minarne gli stessi presupposti. E se sarebbe ovviamente troppo lungo ai fini di queste note seguire l'autore nelle varie ed articolate disamine che egli conduce, fa piacere notare come, tra gli altri argomenti critici, venga invocato dall'autore un fattore – la quantomeno originaria esperibilità delle *actiones de servitute e de usu fructu* soltanto ed esclusivamente tra i due *domini* dei fondi confinanti ovvero tra *dominus e fructuarius* – che, dimostrata nella maniera più convincente oltre un secolo fa da Vincenzo Arangio-Ruiz, era stata messa da parte dalla dottrina, se non dominante, oggi senz'altro più diffusa ed anzi pressoché consolidata, che seguendo altri percorsi storici ed argomentativi e logico-dogmatici, aveva proceduto in direzione opposta, ma senza mai tentare di superare gli insormontabili ostacoli sistematici che tale autore aveva evidenziato circa la possibilità che la *vindicatio* di uno *ius in re aliena* fosse esperita contro un semplice possessore e che il *fructuarius* fosse attore o convenuto in un'*actio de servitute*. E tale fondamentale aspetto del libro in esame, la cui importanza verrà riconsiderata più analiticamente più avanti, mostra di per sé, nel seguire anche se non sino in fondo le argomentazioni dimenticate ma mai superate di Vincenzo Arangio-Ruiz, ormai il più delle volte passate sotto silenzio, la libertà con cui l'autore si muove nel riconsiderare i problemi relativi all'usufrutto, senza farsi per tal verso condizionare da posizioni dottrinali che pur parevano fino ad oggi ormai indiscutibili. Per altro verso, sempre in riferimento alle teorie che tendono a spiegare le origini dell'usufrutto in termini proprietari, appare notevole, da un punto di vista generale, il rilievo, circa la prospettiva di Mario Bretonne che agli schemi del *mancipium* e del *dominium* contrapponeva come più pertinente alla struttura dell'usufrutto il referente della nozione di «facoltà», il richiamo, oltre che ad ulteriori obiezioni più specifiche, al fatto che quando tali ricerche vennero compiute era in genere accolta dalla dottrina una nozione di '*mancipium*' alquanto unitaria ed ermenuticamente centrale rispetto a quella oggi condivisa dalla dottrina dopo un acceso dibattito su tali temi tra gli studiosi successivi alle impostazioni bonfantiane: prospettiva enunciata dall'autore quasi in sordina, ma che ad una più attenta lettura sottolinea come in effetti le tesi e le congetture avanzate in passato su un determinato problema risentano com'è ovvio del generale stato degli studi sulla storia dell'ordinamento romano, cosicché è sempre necessaria non poca attenzione – cosa di cui non è purtroppo raro scordarsi – circa gli

²) *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, p. 19.

elementi portanti che fanno di sfondo ad una teoria ricostruttiva e ne costituiscono gli impliciti presupposti strutturali: in effetti, talvolta, gli elementi generali che forniscono le coordinate di base su cui viene edificata una ipotesi, specie su problemi di origine, sono in effetti persino più importanti delle specifiche vie ermeneutiche attraverso cui un autore è arrivato ad una determinata ipotesi risolutiva, tanto che sovente può accadere, in contesti successivi, di faticare nel criticare una dottrina nei suoi singoli elementi argomentativi quando, ben più facilmente, la constatazione del carattere ormai superato della complessiva considerazione delle architetture di fondo dell'ordinamento arcaico su cui si fonda sarebbe elemento più che sufficiente per minarne definitivamente alla radice la sua stessa sostenibilità generale. Per tal verso, dunque, sembra da tenere sempre presente, in particolare occupandosi delle origini dell'usufrutto, quanto in esse possa risultare, se non definitivamente datato, in ogni caso da considerare con estrema prudenza, in vista delle idee in ordine ai poteri del *paterfamilias* ed in particolare circa la struttura della proprietà correnti in tempi non troppi remoti, così da dovere il più delle volte riconsiderare la perspicuità stessa di tali più risalenti teorie innanzitutto in vista dei mutamenti di fondo che hanno segnato la successiva visione di tali problemi (basti pensare, in particolare, a quanto ad esempio le tesi circa la configurazione originaria delle servitù prediali siano state direttamente improntate ad una visione della proprietà arcaica in termini di «sovranità» che, benché poi in generale rifiutata, si stenta ancora oggi a scrostare dalla ricostruzione del primitivo atteggiarsi di tali rapporti fondiari).

Si arriva infine (p. 69 ss.) alle teorie secondo cui già l'usufrutto primitivo sarebbe stato concepito come un *ius*, secondo un orientamento influenzato in particolare dall'idea, risalente in particolare a Salvatore Riccobono, che tendeva a separare, nelle concezioni sottese al sorgere di tale istituto, due distinti aspetti della *res*, in una visione ricostruttiva ove l'usufruttuario non avrebbe avuto un potere sulla cosa in quanto tale (ossia in ordine alla sua essenza o *substantia*), bensì un potere limitato alla sua cosiddetta *species*, da intendersi come forma esteriore della cosa stessa, e limitato quindi alla percezione dei frutti, secondo prospettive che rimandano alla visione di tale *ius* in termini di diritto sui frutti stessi e che d'altra parte si ricollegano evidentemente alla nota definizione di D. 7.1.1 di Paolo (3 *ad Vit.*) secondo cui '*usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*': prospettiva che quindi, legandosi alla concezione dell'usufrutto come *pars rei*, è stata seguita da vari altri autori, come in particolare – oltre a Muzio Pampaloni – Giuseppe Grosso, Cesare Sanfilippo e Mario Bretone, interessati al fatto che questa prospettiva consentiva di coniugare l'originaria concezione dell'usufrutto quale *ius* con una impronta per così dire proprietaria dello stesso (p. 72). L'autore, pur condividendo la prospettiva generale volta a rintracciare la originaria visione dell'usufrutto in termini di *ius*, in ogni caso rifiuta gli aspetti più estremistici ed artefatti di tali teorie, cosicché critica innanzitutto la stessa legittimità della distinzione tra *species* e *substantia* – che come notava Vincenzo Arangio-Ruiz sono al limite due attributi della medesima *res*, e non possono considerarsi invece due diverse entità o due separati oggetti di diritti (p. 75) – nonché, quindi, la stessa applicabilità al contesto romano di una nozione analoga all'usufrutto *causalis* dei Glossatori (smentita dalla struttura stessa della *petitio usus fructus*, in cui il *dominus* nega in quanto tale l'esistenza dell'usufrutto, senza certo negarne l'appartenenza ad altri: p. 76), mentre per altro verso – pur ammettendo che la posizione di Giuseppe Grosso circa una primigenia concezione dell'usufrutto in termini di *ius* può ricevere conforto da fattori quali la sua estinguibilità per *non usus* o la necessità della *perceptio* per far propri i frutti (forse meno convincente appare invece il richiamo in tal senso, recato dall'autore, al fatto che il legato *per vindicationem* implicasse di per sé la visione dell'istituto quale *ius*) –, egli rifiuta l'idea dello studioso torinese circa una più antica concezione in cui l'usufrutto, oltre che come *ius*, sarebbe stato concepito nella visione comune quasi in termini di *pars rei* (p. 73), dato che appare difficile postulare che una simile impostazione, per quanto grezza, potesse venire poi superata in maniera tanto veloce e definitiva nel corso di appena un secolo, né una simile idea sembra rinvenire riscontri nel noto passo dell'epistolario tra Cicerone e Curio (*fam.* 7.29.1 e 7.30.2: cfr. p. 68) in cui si contrappongono, in parallelo con le nozioni greche di *χρήσις* e *κτήσις*, le figure romane di *mancipium* (e *nexum*) e di *fructus* (ed *usus fructus*), ovvero in Cic., *Caec.* 32.94, da cui si è tentato invano di desumere una pur atec-

nica e rozza considerazione dell'usufruttuario quale possessore (p. 77 s.). Del pari, l'analoga prospettiva ricostruttiva di Mario Bretone (che pur sfumava tali posizioni ritenendo che in origine l'usufrutto sarebbe stato privo di una sua precisa fisionomia ed anzi sarebbe risultato alla faticosa ricerca di una propria identità, tanto che la situazione giuridica del *fructuarius* sarebbe apparsa nel pensiero più antico, rispetto a quella del proprietario, una entità per così dire indistinta e inconclusa: p. 73 s.), viene rifiutata specie in vista dell'aporia di una genesi dell'usufrutto partecipante al contempo, in tale ricostruzione, di due antinomiche nature giuridiche, risultando per un verso «altro» rispetto alla proprietà, ossia uno *ius*, e d'altro lato, al contempo, alcunché in ultima analisi identificantesi in certo modo con essa, essendone cioè una parte (p. 78).

Conclude il primo capitolo (p. 80 ss.) un paragrafo incentrato, come recita il suo stesso titolo, sulla «necessità di valutare la originaria concezione dell'usufrutto quale *ius*, alla luce degli ulteriori dati, desumibili dalle fonti, sulla configurazione delle servitù prediali» e sulla «possibile influenza esercitata dalla preesistente configurazione quali *iura* delle servitù prediali rustiche sulla concezione primitiva quale *ius* dell'usufrutto sui fondi rustici»: indagine che muove dal noto passo ciceroniano (*top.* 5.26) in cui si contrappongono le categorie delle *res quae sunt*, ossia *quae cerni tangique possunt*, e delle *res quae intelleguntur, quae tangi demonstrarive non possunt*, ricomprendendo nella prima classificazione, materialisticamente, la *paries* e lo *stillicidium*: cosa che ha condotto non pochi studiosi a pensare che ancora al tempo di Cicerone le servitù prediali fossero concepite come cose materiali e quindi come *res corporales*, secondo una prospettiva che tuttavia oggi tende essere superata, tanto che anzi stupisce – come l'autore sottolinea rifacendosi ad Luigi Capogrossi Colognesi – la pervicace fortuna di tale idea pur in linea di massima, alla luce delle fonti, del tutto infondata. L'autore muove così dalle «sicure testimonianze della salda concezione, nel I sec. a.C., delle servitù urbane quali *iura*», da cui si può inferire, attraverso le testimonianze testuali, una analoga visione delle servitù rustiche (p. 84), secondo prospettive già ribadite da Giuseppe Grosso e Luigi Capogrossi Colognesi, per procedere quindi ad una ricostruzione dell'usufrutto che tenga presenti le reciproche influenze e interferenze che verosimilmente vi sono state tra questo e le servitù (p. 88), richiamandosi in particolare alle osservazioni di Giuseppe Grosso circa le probabili radici che la nozione di *ius*, poi proiettata sulle servitù, ritrova nell'usufrutto (p. 86), senza tuttavia cadere nella tentazione, stigmatizzata da Mario Bretone, di ricostruire la storia dell'usufrutto alla luce di quella delle servitù prediali (p. 87).

In tale prospettiva, l'aspetto che viene per primo preso in considerazione è quello della tutela processuale di tali *iura in re aliena*: così, nel secondo capitolo (*Vindicationes ed actiones negativae*, p. 89-131), si parte dunque dalla ricostruzione del tenore della *legis actio per sacramentum* relativa all'usufrutto, che ad avviso di Max Kaser non avrebbe corrisposto in origine alla impostazione della *petitio* formulare, ma avrebbe affermato '*aio usum fructum mihi esse*' (o '*meum esse*'), mentre a sua volta la *contravindicatio* dell'avversario non si sarebbe limitata a negare tale asserzione ('*nego usum fructum tibi esse*'), ma avrebbe a sua volta recato – in una prospettiva prossima all'usufrutto *causalis* del diritto intermedio – la medesima rivendicazione della titolarità dell'usufrutto (p. 90 s.): soluzione che nella prospettiva dello studioso tedesco sarebbe in particolare da riconnettere alla spiegazione della inespugnabilità della *legis actio per sacramentum* contro persone diverse dal proprietario, dato che una formula in cui il convenuto si limita a negare la spettanza dell'usufrutto all'attore sarebbe stata pronunciabile da qualsiasi terzo, mentre soltanto il proprietario della cosa avrebbe potuto rivendicare a sé il diritto di usare e fruire della cosa, cosicché, per le medesime ragioni, la *legis actio per sacramentum* relativa alle servitù prediali sarebbe stata imperniata sull'affermazione '*aio iter actum meum esse*', cui tuttavia, poiché la spettanza del passaggio al *dominus* non escludeva di per sé la contemporanea sussistenza della servitù, sarebbero state aggiunte le parole '*neque tuum*': nella falsariga ricostruttiva di Max Kaser, dunque, se per un verso si evita la vecchia e mai abbastanza superata questione di una pretesa proprietà esclusiva del titolare della servitù sulla striscia di terreno inerente alla servitù, non si esclude quindi una sorta di coappartenenza di questa, anche se interpretata dallo studioso (secondo una tesi poi da lui stesso superata) non in termini di comproprietà bensì, com'è noto, in una prospettiva di «proprietà

funzionale», e soprattutto – quanto più rileva agli effetti della trattazione in esame – si pone una sufficientemente netta differenziazione tra la tutela di usufrutto e servitù prediali nella procedura *per legis actiones*, data la mancata corrispondenza tra le formule delle due *contravindiciones* (p. 92 ss.).

Questa differenziazione processuale posta da Max Kaser, di cui lo stesso studioso riconosceva il carattere congetturale, viene criticata dall'autore, specie in base al fatto che, se la *contravindicatio* relativa all'usufrutto si fosse imperniata sull'affermazione della spettanza di tale diritto al proprietario, in tal caso sarebbe difficile se non impossibile spiegare le origini della diversa inpostazione dell'*actio negativa* formulare (p. 94 s.), mentre viene accettata la tesi dello studioso tedesco secondo cui, pur costituendo una ipotesi di «proprietà funzionale», la striscia di terreno su cui insiste la servitù non avrebbe potuto rappresentare una ipotesi di «comproprietà» tra i titolari dei due fonti, come invece molta parte della dottrina ha ritenuto sulle orme della teoria di Moritz Voigt, che propriamente parlava di una proprietà esclusiva, riformulata in tal senso da Carlo Fadda, soprattutto data la strutturale inidoneità della *mancipatio* a costituire una simile forma di comproprietà (p. 96).

Le «significative e marcate analogie» che, a questo punto, risultano caratterizzare lo schema processuale relativo a servitù ed usufrutto nell'*agere sacramento in rem* vengono quindi ulteriormente suffragate dall'autore percorrendo la via della parallela limitazione della legittimazione passiva alla *vindicatio* formulare al solo *dominus* del fondo servente ovvero della *res fructuaria* (anche se l'autore considera questa più ristretta legittimazione soltanto iniziale e destinata ad essere superata dai *prudentes* del principato), al pari di come sarà esclusivamente di competenza di del proprietario l'intentare l'*actio negativa* (p. 97): ed a questo punto si richiamano i vari testi (D. 8.5.6.3, D. 8.2.1.1, D. 8.5.2.1) che testimonierebbero tale limitazione della tutela degli *iura in re aliena*, anche se a riprova del successivo ampliamento della legittimazione processuale in tali azioni è purtroppo richiamato un testo come D. 8.5.10.1, il cui carattere interpolatorio appare già evidente sin da una prima e superficiale lettura (e tale aspetto avrebbe meritato forse un qualche specifico approfondimento); in effetti, se la soluzione di una limitazione della legittimazione di tali azioni ai soli *domini* dei due fondi e, rispettivamente, al nudo proprietario ed al *fructuarius* appare prospettiva certo esatta ed anzi, con ogni verosimiglianza, da estendere a tutto il diritto classico, appare strana l'affermazione dell'autore, forse dettata da un mero eccesso di tuziorismo nel presentare la propria tesi, secondo cui nella prospettiva della dottrina dominante i passi del Digesto testé richiamati costituirebbero una riprova di tale situazione iniziale, mentre in realtà una linea dottrinale, che fa in particolare capo a Giuseppe Grosso, tende a svalutare del tutto le affermazioni relative a tale ristretta legittimazione specie passiva alle *actiones de servitute e de usu fructu*, convinta che invece nel diritto classico si fosse affermata sino in fondo una piana legittimazione passiva a tali azioni in capo al possessore (e qui sembra da lamentare il fatto che l'autore abbia poi rinunciato a seguire le pur chiare argomentazioni di Vincenzo Arangio-Ruiz, già richiamate, volte a mostrare una volta per tutte come tali limitazioni alle azioni in questione riguardassero non solo l'età più risalente, ma fossero ancora del tutto attuali nel diritto classico e siano state superate solo nel tardo impero o al limite nel diritto epiclassico: argomentazioni, come si è accennato, mai affrontate e superate dalla dottrina successiva, ed alle quali risulta risolutivamente da aggiungere la circostanza – mi risulta mai considerata – per cui, attraverso la *condemnatio*, tali azioni davano sostanzialmente al convenuto la possibilità, attraverso il pagamento della *litis aestimatio*, di estinguere uno *ius* in realtà sussistente ovvero di crearne uno invece inesistente, concretando per tal via un atto di disposizione sulla *res* che poteva competere esclusivamente al suo *dominus* e non certo al possessore o al mero usufruttuario)³.

In ogni caso l'indagine prosegue deducendo da tali premesse, nonché dal richiamo di un noto testo come Gai., *inst.* 4.3 (p. 101), la certezza alla luce delle fonti dell'imperniarsi delle *intentiones* delle

³ Su tali argomenti mi limito qui a rinviare al mio lavoro (*Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*) in pubblicazione negli «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del convegno (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001) in memoria di Arnaldo Biscardi», *on line* nel sito di questa rivista.

vindicationes dell'usufrutto e delle servitù prediali sulla titolarità di un *ius*, differenziandole per tal verso dalla *reivindicatio*, fondata invece sull'affermazione dell'appartenenza di una *res* (p. 103 s.). Segue quindi una forse persino troppo ampia disamina delle tesi di Matteo Marrone circa la *restitutio* in tali azioni, dato che tale studioso, ritenendo che in età repubblicana e classica il nudo proprietario di fondi e schiavi ne avrebbero avuto il possesso diretto e non mediato, ha sostenuto che essa nelle formule relative agli *iura in re aliena* sarebbe consistita appunto in un *usum fructum restituere* – ovvero in un *pati* o *non facere* relativo alla servitù oggetto di causa – nettamente distinto dal *rem restituere* della *reivindicatio*, tale dunque da non implicare in nessun modo una limitazione del possesso del *dominus*: radicale prospettiva alquanto astrattamente dogmatica e difficilmente condivisibile, specie per quanto riguarda l'usufrutto – dove l'*usus* di un fondo e di uno schiavo risulta alquanto arduo da coordinare con l'altrui possesso diretto ed effettivo di tale uomo – che l'autore (p. 111 ss.), senza contestarne del tutto le fondamenta logico-sistematiche, supera con molto buon senso empirico distinguendo, come appare del resto inevitabile, l'assenza di possesso in capo al titolare dello *ius in re aliena* dalla strumentale detenzione della *res* di cui egli, a seconda delle ipotesi e soprattutto in caso di *usus fructus*, ha evidentemente necessità per poter esercitare il proprio diritto. Una digressione, questa, che avrebbe forse potuto essere, se non evitata, alquanto ridotta, ma che serve all'autore (p. 116 s.) ad evidenziare anche sotto aspetto le analogie tra la tutela processuale dell'usufrutto e quella delle servitù prediali rustiche (nelle servitù urbane, infatti, a suo avviso il *non facere* in cui si estrinsecerebbe il comportamento altresì del titolare del fondo dominante «fa escludere che potessero impedite ovvero ostacolate attività di esercizio [*usus*] di tali *iura*»: prospettiva un po' limitativa di fronte al variegarsi delle servitù urbane che forse avrebbe meritato qualche ulteriore approfondimento, o meglio avrebbe potuto a sua volta, nell'economia del paragrafo, essere perfino sottaciuta, ma che in ogni caso interessa all'autore per mostrare anche per tal verso come l'usufrutto si sviluppi in parallelo alle servitù rustiche e non a quelle urbane).

Nell'altro paragrafo di tale capitolo, dedicato alle analogie strutturali e funzionali delle *actiones negativae* delle servitù rustiche e dell'usufrutto sui fondi (p. 117 ss.), l'autore dimostra tale secondo aspetto dello sviluppo parallelo dei due *iura in re aliena* richiamando innanzitutto la risalenza della comune formulazione '*tibi non esse ius*' alla *legis actio per sacramentum* (p. 118 s.) ed insistendo su come dalle fonti emerga chiaramente una considerazione unitaria delle *actiones negativae* sia *de usu fructu* che *de servitute* (p. 120). Il problema principale, d'altra parte, è sotto tale aspetto costituito dal fatto che, mentre il nudo proprietario non possiede attualmente la *res* che rivendica dal preteso *fructuarius*, nelle servitù egli possiede in maniera diretta il fondo supposto servente (p. 121 s.): tale prospettiva della dottrina dominante meno recente è stata ovviamente criticata da Matteo Marrone, per il quale, come si è ricordato, anche il nudo proprietario possiede in ogni caso la *res fructuaria*, secondo una impostazione che tuttavia, se appare per tal via risolvere questa prima questione, ne crea un'altra persino più grave, ossia quella del motivo per cui, possedendo in tale prospettiva la *res*, egli debba ricorrere contro il preteso usufruttuario all'*actio negativa* e non *tout court*, senza alcuna necessità di essa, direttamente alla *reivindicatio*, qualora questi avesse tenuto la cosa appunto in maniera tale da escludere il possesso che, in tale costruzione, spettava al *dominus* (p. 123); se infatti una diffusa dottrina che fa capo a Heinrich Siber escludeva la legittimazione passiva a quest'ultima del non possessore, questa via risulta inevitabilmente impercorribile dalla impostazione ricostruttiva di questo studioso, che è quindi costretto a postulare che in realtà la rivendica del proprietario contro un sedicente usufruttuario di fondi o di schiavi avrebbe «girato a vuoto», dato che egli non avrebbe potuto ottenere la *possessio* che, in quanto tale, già aveva, per cui si sarebbe avvertita l'esigenza di un mezzo di tutela come l'*actio negativa usus fructus* che desse modo al proprietario di far cessare sulla cosa propria l'esercizio arbitrario dell'*uti frui* compromettente tale *possessio* (p. 125). L'autore, insistendo ancora una volta su come nella ricostruzione di Matteo Marrone l'accostamento costruttivo di usufrutto e servitù riguardi esclusivamente i rapporti fondiari e non quelli urbani, non solo oppone d'altra parte alla tesi di Heinrich Siber il fatto, già rilevata da Gino Segrè, di come in realtà la *reivindicatio* fosse invece esperibili anche contro meri detentori quali il preteso titolare di uno *ius in agro vectigali* o di un diritto

di superficie (p. 126 s.), pur senza approfondire tale obiezione, che forse ad una più completa considerazione potrebbe rilevarsi alquanto meno decisiva di quanto a prima vista possa sembrare, ma critica altresì la ricostruzione dello studioso siciliano per quanto riguarda il fatto che una *reivindicatio* esperita contro il preteso usufruttuario avrebbe «girato a vuoto», affermando (p. 128 s.) che in realtà una simile rivendica avrebbe avuto «ad oggetto una controversia differente, e segnatamente relativa alla titolarità del diritto di proprietà in capo all'attore, rispetto a quella effettivamente esistente tra le parti in causa, relativa alla negazione della titolarità dell'usufrutto ovvero di una servitù prediale rustica in capo al convenuto» (osservazione che in certa parte sembra rivelarsi in ultima analisi una petizione di principio, perché questo è vero una volta che esiste la specifica *actio negativa*, ma sarebbe invece alquanto opinabile se l'ordinamento, forzando l'ambito di applicazione della *reivindicatio*, avesse diviso di impiegarla altresì per contrastare le pretese di usufrutto e servitù sulla *res*: e sotto tale aspetto sarebbero forse state da ricordare le ipotesi di Biondo Biondi circa il ricorso appunto alla *reivindicatio* in luogo della negatoria); né tantomeno persuade l'ulteriore rilievo dell'autore, secondo cui l'onere della prova della titolarità del diritto di proprietà in capo all'attore, proprio della *reivindicatio*, sarebbe risultato eccessivo ed inutile quando tale azione fosse stata esperita per negare la sussistenza di servitù ed usufrutto (p. 129): osservazione che, contrastando pianamente con il chiaro dettato di D. 7.6.5.pr. (Ulp. 17 *ad ed.*: «... *quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur quam alieno, cum invito se negat ius esse utendi fructuario* ...») avrebbe meritato, pur nei dubbi che desta in dottrina la completa genuinità di tale frammento, una trattazione in ogni caso meno apodittica.

Il secondo capitolo si chiude quindi con alcune brevi conclusioni (p. 130 s.), che ribadiscono tale analogia di struttura della tutela processuale relativa all'usufrutto ed alle servitù rustiche, sia nel processo *per legis actiones* che in quello formulare, tanto per quanto riguarda il lato per così dire attivo della *vindicatio* o *petitio* che il contrapposto versante dell'*actio negativa*.

Per tal verso, la tesi dell'autore appare in effetti difficilmente contestabile, e la sua ricognizione è certo utile a chiarire lo stato della dottrina su tale punto ed i principali argomenti che possono essere invocati in una direzione o nell'altra nonché le critiche che possono essere loro mosse: quello che lascia magari un poco perplessi, pur di fronte alla innegabilità del parallelismo strutturale tra le azioni *de servitute* e *de usu fructu*, è semmai la via scelta dall'autore per arrivare a tale dimostrazione, che rinuncia a falsarieghe ermeneutiche almeno a mio avviso alquanto più convincenti (penso soprattutto al ricordato saggio di Vincenzo Arangio-Ruiz), per insistere invece nel seguire altre prospettive che, come in particolare quelle di Matteo Marrone, vengono continuamente invocate dall'autore per poi essere negate e superate attraverso ulteriori e diverse impostazioni ricostruttive, così da lasciare il lettore un po' stupito del fatto che tali teorie non vengano espone nel loro complesso e quindi accettate o rifiutate una volta per tutte, limitandosi poi a richiamare soltanto gli specifici aspetti ed argomenti che di esse interessano, senza rimetterle continuamente in discussione per respingerle di volta in volta, e senza, in particolare, ripartire continuamente da una prospettiva possessoria dell'usufrutto che, come si è visto, l'autore tende in ogni caso a rifiutare.

Il terzo capitolo (*Non usus estintivo ed usus acquisitivo*, p. 133-218) esamina un ulteriore aspetto, questa volta di ordine sostanziale, del parallelismo strutturale tra *ius utendi fruendi* e servitù rustiche e, dopo una rapida panoramica dei testi in argomento (p. 134 ss.), procede innanzitutto a rifiutare le tesi che hanno negato che in origine l'usufrutto si perdesse per non *usus*, secondo una prospettiva ovviamente propria, in particolare, degli autori che ritengono di rintracciare le origini di tale diritto in una dimensione di proprietà e comproprietà, incompatibile con tale forma di estinzione (p. 137 ss.): tesi che appaiono di per sé alquanto difficili da coordinare al quadro generale dei testi in materia, e tali da poter essere di per sé considerate viziate da esasperati estremismi ricostruttivi che costringono poi i loro sostenitori a forzare i vari aspetti dell'istituto e le fonti ad essi relative per dimostrare in tutte le sue implicazioni una idea interpretativa accettata in realtà a priori, ma che d'altra parte l'autore critica non, come sarebbe più semplice e convincente, sulla base di un piano esame delle af-

fermazioni dei giuristi romani su tale punto, bensì invocando la pretesa assimilazione dell'usufrutto alla proprietà, avvenuta soltanto in età classica, attraverso la sua considerazione in termini di *pars rei* (p. 140 s. e nt 20), cosa che renderebbe non credibile che l'usufrutto, in ipotesi anticamente inestinguibile per *non usus*, dovesse diventarlo proprio in un'epoca in cui, attraverso tale costruzione, si registrava questo suo accostamento alla proprietà (argomentazione che sembra dimenticare come, anche in tale peculiare prospettiva, l'«accostamento» di età classica dell'usufrutto alla proprietà mercé la sua concezione in termini di *pars rei* sarebbe in ogni caso alcunché di molto meno pregnante e decisivo rispetto alla sua primigenia diretta sussunzione in termini di proprietà, presupposta da tali teorie, per cui, non escludendo del tutto la eventualità di una introduzione della estinguibilità per non uso in relazione a tale scemare della essenziale centralità ed immediatezza dell'accostamento costruttivo al *dominium*, questo argomento si rivela in linea di massima non del tutto decisivo: anche se qui, ovviamente, con questo non si intende certo ritenere condivisibile la tesi dell'originaria inestinguibilità per non uso dell'usufrutto).

Si passa poi a considerare la linea dottrinale che per converso ha sostenuto l'imprescrittibilità per *non usus* delle antiche servitù rustiche (p. 141 s.), cominciando da Biondo Biondi che, in una visuale di origine in termini proprietari delle servitù, si è trovato costretto a negare tale evidente differenza tra gli *iura in re aliena* ed il *dominium*, ricorrendo ad una costruzione alquanto cerebrina secondo cui non sarebbe la servitù ad estinguersi, ma sarebbe il proprietario del fondo dominante ad usucapire il proprio stesso fondo come libero in seguito al *non usus* della prima (p. 142 ss.): una tesi alquanto fragile alla luce delle fonti in materia nonché delle coordinate generali dell'istituto che è stata infatti pianamente rifiutata dalla dottrina, specie per quanto riguarda i rapporti tra *non usus* ed *usucapio libertatis*, e che quindi l'autore può facilmente smentire con convincenti argomenti (p. 147).

Segue l'esame della tesi di Giuseppe Grosso, che vorrebbe le servitù primigenie costituite come una sorta di comproprietà tra i titolari dei vari fondi della striscia sulla quale esse insistevano, in maniera tale che tutti si potessero avvalere del passaggio o del canale (idea, come ho altrove mostrato, fondata su di una errata citazione di Fest., *verb. sign.*, sv. '*viae*' [Lindsay², p. 461])⁴: e che conduce, analogamente alle prospettive di Biondo Biondi, a postulare un'originaria usucapione del titolare del fondo sulla propria striscia di terreno grazie al non uso del vicino piuttosto che una estinzione del diritto di quest'ultimo, anche se secondo Giuseppe Grosso – dato che in tale prospettiva l'usucapione sarebbe avvenuta per il solo fatto che il vicino non usava del suo diritto – si sarebbe presto arrivati, in coincidenza con la nuova concezione della servitù come *ius*, a vedere nel semplice *non usus* la ragione dell'estinzione del diritto in capo al titolare, mentre, per quanto riguarda le servitù urbane, la *usucapio servitutis*, irriducibile al *non usus* secondo lo studioso torinese, sarebbe in pratica da considerare come il corrispondente negativo della possibilità di usucapire un edificio con le servitù a suo favore, ossia come possesso dell'edificio in maniera inconciliabile con tali *iura* (p. 148 ss.). L'autore ritiene che in ogni caso la ricostruzione di Giuseppe Grosso, pur così raffinata, non risulti tuttavia «pienamente persuasiva», cosicché la critica (p. 151 ss.) sia in quanto imperniata nella sua ricostruzione delle origini delle servitù su di una visione di queste ultime alquanto materiale ed incentrata su di un impianto visibile, incompatibile con la circostanza, messa in particolare in luce da Luigi Capogrossi Colognesi e da Alessandro Corbino, che i termini '*iter*' ed '*actus*' avrebbero sin dalle origini indicato una facoltà e non alcunché di fisico (circostanza che purtuttavia non sembrerebbe obbiezione soverchiamente decisiva rispetto al tema in esame), sia in quanto l'originario regime di comproprietà ipotizzato da Giuseppe Grosso implicherebbe una reciproca possibilità di usucapione tra i proprietari dell'impianto comune, che si sarebbe semmai dovuta trasformare, come storicamente avvenne, in una possibilità prescrittiva sia acquisitiva che estintiva, e non avrebbe certo potuto ridursi ad un mero *non usus* a vantaggio esclusivo del titolare del fondo dominante (p. 152: argomento

⁴) Cfr. il § 5 del mio articolo – *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche* – in pubblicazione nel terzo volume degli «Studi in onore di Remo Martini», nonché la n. 125 del ricordato lavoro *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*.

in cui non appare tuttavia del tutto chiaro, nella formulazione fornita dal libro in esame, il rapporto con l'originaria usucapibilità delle servitù rustiche, anche in quanto Giuseppe Grosso pone ovviamente tale fenomeno in esplicita connessione con l'intervento della *lex Scribonia*).

Si critica poi la tesi di Giuseppe Branca, secondo cui le XII Tavole non avrebbero conosciuto l'estinzione delle servitù per *non usus*, poiché, in base alle coordinate generali del diritto arcaico, da un *non facere* non avrebbero potuto scaturire conseguenze giuridiche tali da mutare i rapporti costituiti, ed esso sarebbe invece da collegare verosimilmente al mutamento di prospettive introdotto dalla *lex Scribonia*, quale suo effetto per così dire artificiale (p. 154 s.): esaminati i principali testi su cui si fonda tale tesi, pur definita «suggestiva», essa viene in ogni caso rifiutata innanzitutto in base al fatto che D. 41.3.4.28 (Paul. 54 *ad ed.*: '*libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitatem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute ...*') smentisce pianamente che la legge, abolendo l'usucapione delle servitù rustiche, avesse introdotto il *non usus*, come già notato da Biondo Biondi (p. 157), e quindi in vista del fatto che gli stessi testi invocati a tale proposito da Giuseppe Branca non appiono ad un più approfondito esame tanto significativi in tale direzione come lo studioso avrebbe voluto (p. 158 ss.).

Infine è la volta dell'ipotesi avanzata da Luigi Capogrossi Colognesi, che, pur ritenendo che sia impossibile arrivare in tale materia a risultati relativamente certi, ha congetturato – in un riassunto forzatamente approssimativo – che la progressiva affermazione della concezione delle servitù in termini di *iura* avrebbe condotto, tra il secondo ed il primo secolo a.C., all'introduzione di tale autonoma forma di estinzione di tali rapporti fondiari, altresì in coincidenza con ulteriori fattori che avrebbero determinato una certa tensione sistematica nella giurisprudenza riguardo la costruzione di tali *iura*, come in primo luogo il rapporto tra la loro nuova concezione per così dire immateriale ed i residui di una loro visione possessoria ancora presenti nella tutela interdittale, nella usucapibilità e nella pignorabilità di tali diritti, nonché dalla difficoltà di parificare le nuove servitù alle antiche estendendo anche ad esse la possibilità di essere usucapite (p. 161 s.). A tale ipotesi viene obiettato dall'autore, oltre a quanto già contrapposto alle tesi fondate su di una configurazione originaria delle servitù in termini di proprietà o comproprietà, il fatto che le fonti a disposizione non risultano consentire di ritenere che l'estinzione per *non usus* sia un connotato delle servitù recenziere e non originario, nonché la contraddizione insita nel ritenere che per un verso la giurisprudenza avrebbe elaborato la nuova categoria degli *iura in re aliena*, e dall'altro avrebbe al contempo teso a reintrodurre solo allora, sia pure in negativo, quella usucapibilità che pur la *lex Scribonia* aveva appunto abolito (p. 162 s.).

Il paragrafo si conclude quindi ribadendo anche per tal verso il perfetto parallelismo, altresì per quanto riguarda l'originaria caratteristica della prescrittibilità del diritto per *non usus*, di usufrutto e servitù rustiche (p. 163 s.). Tuttavia, dal un punto di vista della costruzione metodologica seguita dal libro, quello che sembra ancora una volta lasciare un po' perplesso il lettore, pur nella positività di fondo della ricerca, è la scelta di riesaminare per ogni tema (nascita dell'usufrutto, azioni relative agli *iura in re aliena*, *usus* acquisitivo e *non usus* prescrittivo), le stesse teorie ricostruttive partendole a loro volta in base a tali temi, quando le obiezioni di fondo che vengono di volta in volta mosse risolutivamente ad esse risultano ritornare più o meno sempre ad incentrarsi sui medesimi argomenti; così, in particolare, dato che l'autore ad esempio rifiuta la tesi di un'origine proprietaria e comproprietaria delle servitù – merito d'altra parte non lieve in questi tempi di imperante quanto distratto conformismo voigtiano –, non sarebbe forse stato inutile esaminare preventivamente tale teoria per escludere una volta per tutte, insieme alla idea centrale che le è propria per quanto riguarda l'origine delle servitù, tutte le conseguenze che, come si è visto, essa assume riguardo gli ulteriori aspetti particolari che a loro volta ripropongono le conseguenze ricostruttive di tale idea in ordine alla tutela processuale di tali diritti o alla loro estinzione per non uso: evitando così non sempre utili ripetizioni o ancor peggio la riproposizione, come ancora attuali, di prospettive che pur l'indagine sembrerebbe aver già affrontato e definitivamente superato.

In effetti, quello che stupisce in uno studio alquanto valido come quello in esame è forse il mancato coraggio di sganciarsi dai percorsi propri delle tesi ricostruttive che pur vengono rifiutate,

e di accettare fino in fondo il fatto che, se ad esempio si respinge la dottrina dell'origine proprietaria o comproprietaria delle servitù, a loro volta anche vie argomentative per ricostruire la loro tutela processuale o la loro estinzione per *non usus* non possono che a questo punto essere molto diverse e lontane da quelle seguite dalle tesi che si basavano su presupposti ed arrivavano a risultati che non si sono voluti accettare. Certamente, d'altra parte, il metodo ordinato e piano che l'autore preferisce seguire appare consentire una più articolata disamina di ogni elemento argomentativo recato dalla dottrina, pervenendo a piccoli passi a risultati certo più definitivi e sicuri: e questo finisce così per fare accettare al lettore il metodo del libro, anche quando il continuo ritorno su argomenti già visti e che si credevano già superati tende a fargli desiderare che l'autore, scelta una volta per tutte una linea interpretativa su cui fondare la propria ricostruzione, esamini alla luce di questa scelta preventiva e non come elementi a sé stanti i vari singoli punti su cui le altre dottrine divergono dalla sua ricostruzione. Per tal verso, vi è nel libro quasi come l'illusione che un determinato istituto possa essere ricostruito procedendo metodicamente ed in maniera acribica all'esame di tutti i fattori, nessuno escluso, che possono concorrere a rintracciare le sue specifiche linee evolutive, quasi che tale sforzo ermeneutico fosse simile ad un *puzzle* di cui si posseggano, per quanto difficili da ricomporre, tutte le tessere: ma poiché evidentemente una simile fortuna non accade sovente al romanista, sembrerebbe invece di dover giocoforza ricorrere ad una generale visione interpretativa che, una volta dimostrata la validità di fondo, possa appunto supplire alle tessere mancanti di tale architettura e colmare quindi i vuoti che lo storico non può riempire con dati certi.

In effetti, un esempio del metodo di procedere per certi versi persino un po' dispersivo del libro in esame è dato dal paragrafo successivo, dedicato alle implicazioni della *lex Scribonia* in ordine al parallelismo costruttivo tra usufrutto e servitù rustiche (p. 164 ss.), che muove dal ricordato D. 41.3.4.28 per soffermarsi sulle differenze, in particolare etimologiche, tra '*possessio*' ed '*usus*' e sulla maggiore risalenza di quest'ultimo istituto, proprio dello *ius civile*, rispetto alla prima figura, propria dello *ius praetorium* e connessa alla tutela interdittale, ed arrivare quindi alla nota tesi di Giovanni Nicosia circa lo svolgersi storico di tali due nozioni (p. 167), che viene seguita rifiutando invece le prospettive di Bernardo Albanese (per il quale il silenzio della legislazione decemvirale circa la *possessio* non consentirebbe di escludere l'esistenza della figura nel diritto più arcaico) ed affermare che oggetto della *lex Scribonia* non fu la *usucapio servitutis*, in quanto tale inconfigurabile, bensì l'*usus servitutis*, che per secoli aveva funzionato come meccanismo acquisitivo delle servitù (p. 169: ma in effetti sembra che per arrivare a tale risultato sarebbe stato più soddisfacente e veloce passare anche per altre vie argomentative, come in primo luogo l'evoluzione che dall'*usus* porta all'*usucapio* classica). Chiarito tale punto, l'indagine si volge ad esaminare le teorie di chi ha ritenuto che il divieto posto da tale legge riguardasse anche le servitù urbane (p. 170 ss.), rifiutando in particolare la tesi di Otto Karlowa, ripresa da Alan Watson, secondo cui con l'affermarsi della nuova concezione dei rapporti fondiari quali *iura* immateriali, nonostante la conseguente inapplicabilità ad essi della *possessio* a base dell'*usucapione*, si sarebbe creata una situazione di incertezza ed un conseguente proliferare del contenzioso giudiziario anche per quanto riguarda le servitù urbane che avrebbe appunto condotto alla votazione della *lex Scribonia* (p. 170 s.: ma anche qui le critiche dell'autore non appaiono soverchiamente convincenti, dato in realtà l'incertezza del diritto in materia e l'aumentare del contenzioso non sono in tanto netta contraddizione, come egli vorrebbe, con l'affermarsi della visione di tali rapporti in termini di *iura*, che pur di per sé avrebbe dovuto condurre a ritenerne esclusa l'*usucapione*, ma che evidentemente non dovette imporsi immediatamente in tutte le sue conseguenze; né sembra una obiezione perspicua quella secondo cui l'intervento del legislatore in tale questione sarebbe reso improbabile dal limitato ricorso a leggi pubbliche e plebisciti in età repubblicana). Esaminando quindi la tesi di Costantin Tumulescu (p. 171 s.), l'autore ha modo di rifiutare l'illazione per cui, essendo il sorgere delle servitù urbane anteriore alla *lex Scribonia*, questa avrebbe dovuto giocoforza occuparsi di esse, mentre a sua volta tale dato cronologico non implica certo che l'*usucapione* dovesse di per sé riguardare i rapporti fondiari urbani; così come viene del pari respinta (p. 173 ss.) la via ricostruttiva di Alessandro Corbino che – seguendo le prospettive di Giuseppe Grosso, secondo

cui come si è visto le servitù urbane avrebbero costituito altrettanti vantaggi scaturenti dalla relazione materiale tra edifici vicini – è portato a postulare che l'usucapibilità delle servitù urbane sarebbe stata introdotta in via interpretativa come conseguenza della *possessio* dell'immobile in una posizione vantaggiosa rispetto a quello vicino: prospettiva ricostruttiva che viene contestata nell'interpretazione dei testi da essa richiamati a proprio suffragio e quindi inficiata richiamando per converso fonti che risultano per l'autore incompatibili con essa (p. 177).

Già a questo punto, ed anticipando tali osservazioni rispetto all'esame del successivo svolgersi della trattazione, l'eventuale lettore di queste note avrà forse intuito che – poiché quanto interessa all'autore è escludere che la *lex Scribonia* riguardasse altresì le servitù urbane per rafforzare anche sotto tale aspetto, come si vedrà meglio tra breve, il parallelismo costruttivo tra usufrutto e servitù rustiche – il percorso scelto per arrivare a tale risultato è piuttosto lungo, e attraversa più o meno ogni questione relativa al contenuto, ai presupposti di tale legge, secondo un procedimento certo più esaustivo e forse anche metodologicamente per tal verso corretto, ma tale da dilungare l'indagine, pur nella serrato procedere dell'argomentazione, in digressioni non sempre assolutamente necessarie, e soprattutto alquanto pericoloso in vista delle già cennate ragioni, dato che tale aspirazione ad una totalizzante completezza, visti i vuoti che esistono nelle fonti a disposizione, rischia in effetti di condurre la ricerca in zone non sufficientemente conosciute per consentire risultati fidabili: mentre del pari la tendenza ad affrontare tutti i problemi in materia e a fare della loro soluzione un gradino necessario per arrivare alla soluzione proposta è metodo che se condotto sino in fondo conduce senza dubbio a risultati notevoli e definitivi, ma è tale che la non compiuta dimostrazione di un singolo anello di tale acervica catena pressoché sillogistica inficia inevitabilmente lo stesso risultato finale dell'indagine (anche se – bisogna ammetterlo – alla fine i risultati raggiunti dall'autore appariranno in effetti più che soddisfacenti).

In ogni caso, il paragrafo sulla *lex Scribonia* prosegue con una nuova sezione dedicata alle ragioni «astratte» di tale legge che la dottrina ha creduto di individuare (p. 177 ss.), che inizia, tra i molti autori che possono essere considerati ricomprensibili in tale orientamento, dalla posizione di Bernardo Albanese, ad avviso dell'autore emblematica, che si impernia sul noto passo ciceroniano (*Caec.* 26.74) secondo cui *'fundus a patre relinqui potest, at usucapione fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus; aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur'* (p. 179): testo in cui lo studioso, insistendo sul parallelismo posto dal passo tra fondi e servitù, rinviene la precisa traccia di una perdurante usucapibilità delle servitù in età tardorepubblicana intendendo in tal senso le parola *'rata auctoritas'* (da altri autori, come Emilio Costa, interpretata invece nel senso meno pregnante di una generica garanzia offerta dall'ordinamento al pacifico esercizio dei diritti: p. 182), mentre a sua volta il fatto che il testo parli di *'rata auctoritas harum rerum omnium'*, ossia di *'res'*, porta Bernardo Albanese a collegare il passo con la nozione di *'res corporales'* individuata da Cicerone nel ricordato *top.* 5.26, trovando per tal via una ulteriore conferma della usucapibilità delle servitù in tale epoca (p. 183 s.). La ricognizione prosegue volgendosi alle più recenti posizioni di Michael Rainer, che individua le ragioni della *lex Scribonia* nell'incertezza che l'affermazione della concezione delle servitù quali *iura* avrebbe comportato in ordine alla loro usucapibilità, con conseguenti *dissensiones prudentium* che sarebbero appunto state risolte una volta per tutte attraverso lo strumento legislativo (p. 184 s.), collocando così tale votazione dopo il 69 a.C.

Tali impostazioni ricostruttive vengono rifiutate dall'autore riprendendo il tema della intrinseca inverosimiglianza del ricorso ad una legge per risolvere dispute giurisprudenziali o problemi astratti della sistematica giuridica (argomento di cui si è già rilevata la relativa debolezza), trovando un aiuto, in tale prospettiva, nelle parallele considerazioni di Gennaro Franciosi (p. 187 s.) circa l'improbabilità di votare una legge per risolvere il problema dell'*usus* acquisitivo delle servitù quando viceversa questioni come l'*usus* relativo alla *manus* o l'*usucapio pro herede*, pur essendo altrettanto dubbie, non furono in ogni caso risolte attraverso lo strumento legislativo (prospettiva invero piuttosto empirica che non considera né le diverse vicende storico-giuridiche di tali aspetti, né le diversità tra di essi – in particolare, l'*usus* matrimoniale appare problema alquanto diverso, mentre, a mio avviso,

le incertezze relative alla *usucapio pro herede* potrebbero ben essere più dei moderni che dei romani⁵ – e soprattutto appare dimenticare l'estrema casualità che sovente risulta caratterizzare gli eventi storici). Rifiutando poi la lettura di Bernardo Albanese circa il significato di 'rata auctoritas' ed il connesso parallelo tra servitù e *res corporales* (p. 188 ss.), l'autore – nonostante i reiterati «sommessi avvisi» (addirittura due a p. 190) con cui si cautela in tale argomentazione – risulta in effetti del tutto convincente nel mostrare come la logica argomentativa di Cic., *Caec.* 26.74 non consenta di ritenere che, dal punto di vista della tutela da parte dell'ordinamento su cui si impernia il passo, vi sia un piano parallelo fondi e servitù (p. 192), ritenendo quindi definitivamente da escludere che le servitù fossero ancora usucapibili in età ciceroniana.

Nell'esame delle teorie che individuano i motivi della *lex Scribonia* in ragioni di ordine concreto (p. 193 ss.), si richiama innanzitutto la tesi di Giuseppe Branca che, anche sulla scia di un'intuizione di Silvio Perozzi, riteneva che l'iusucapibilità delle servitù in quanto *iura* sarebbe stata la giustificazione a posteriori, e non la causa, della *lex Scribonia*, la cui votazione sarebbe invece da ricollegare ad un motivo alquanto più concreto, ossia al sempre più diffuso *favor* per la libertà dei fondi da simili vincoli (prospettiva presente secondo varie formulazioni in vari autori quali Ernst Levy, Theodor Mayer-Maly, Gennaro Franciosi e Reuven Yaron, che a tali argomenti aggiungono in particolare la facilità con cui una servitù in realtà inesistente poteva essere di fatto usurpata attraverso la prescrizione acquisitiva, nonché – p. 195 s. – la discrasia che si era venuta a creare tra l'*usus* acquisitivo delle servitù e l'*usucapio* della proprietà, ormai subordinata a *bona fides* e *iusta causa*). A sua volta, Luigi Capogrossi Colognesi aveva per tal verso richiamato, oltre ai verosimili legami genetici tra la *lex Scribonia* e la nuova impostazione «mercantilistica» cui si improntava la realtà socio-economica, il non lieve rischio, connesso al perdurante *usus* acquisitivo delle servitù rustiche, che si finisse per estendere tale istituto altresì alle servitù urbane; cosicché, escludendo ogni legame tra tale legge e la nuova visione delle servitù prediali in termini di *iura*, egli aveva insistito su come la novità introdotta dalla *lex Scribonia* ponesse invece in crisi la complessiva unitarietà sistematica e l'omogeneità di regime delle *res mancipi*, tanto che la *interpretatio prudentium* non avrebbe potuto procedere con i suoi mezzi ad una simile rivoluzione della generale configurazione degli *iura in re aliena*: mentre d'altra parte, a suo avviso, la riforma legislativa avrebbe riguardato – in una estrema semplificazione – esclusivamente le *aquae* e le *viae*, intese sia come *iura itinerum et aquarum* sia come *loci* possibili oggetto di proprietà (p. 202 s.).

L'autore critica anche queste ultime teorie ricostruttive (p. 204 ss.) iniziando tuttavia con un argomento generale che appare invero alquanto debole ed apodittico, ossia l'inverosimiglianza che si tendesse ad un *favor* per la libertà del fondo da un'eccessiva presenza di servitù prediali proprio in un'epoca in cui invece venivano introdotte non pochi nuovi *iura in re aliena* (aspetti che non sembrano da porre sullo stesso piano, dato che il rifiuto di un'eccessiva presenza di servitù sugli immobili non è di per sé incompatibile con il raffinare e diversificare tale figura per soddisfare le varie esigenze dei fondi): così come appare alquanto labile l'obbiezione rivolta alla tesi di Reuven Yaron, che stigmatizzava la disparità tra l'*usus* acquisitivo delle servitù e la sottoposizione dell'*usucapio* della proprietà a *bona fides* e *iusta causa*, incentrata, anche se il discorso sarebbe più complicato, sull'assenza di riscontri testuali circa tale elemento. Non risulta certo definitiva anche la pretesa contraddizione che l'autore sottolinea nelle posizioni di Luigi Capogrossi Colognesi, che dopo aver sostenuto che la *lex Scribonia* avrebbe adeguato il regime delle servitù alla nuova realtà socio-economica aggiungeva, ad altro proposito, che il diffondersi nella media e tarda repubblica del latifondo rendeva statisticamente minore il ricorso alle servitù prediali (p. 205 s.): parallelismo di fattori che, se può a prima vista creare un lieve iato nella spiegazione recata dallo studioso in ordine alle ragioni della *lex Scribonia*, non sembra in ogni caso costituire una insuperabile contraddizione, così come soverchiamente severa ed astrattamente dogmatica appare il rilievo dell'autore secondo cui, dato che Luigi Capogrossi Colognesi ritiene le servitù non passibili di possesso, sarebbe incongruo ipotizzare una tendenza ad

⁵ Cfr. il § 9 della mia nota dal titolo *Per una storia dell'usucapione romana («Vivagni V»)*, in «RDR.» V (2005).

estendere ad esse l'usucapibilità propria di quelle rustiche (p. 206). Se tale serie di obiezioni sembra in effetti caratterizzata – strumentalmente alla soluzione cui l'autore vuole arrivare nella tesi da lui sostenuta – da una rigidità critica e da una visione alquanto unidirezionale e monodimensionale degli eventi storici, non convince neppure l'ulteriore critica rivolta a tale studioso, secondo la quale avrebbe avuto poco senso eliminare la sola usucapibilità delle servitù rustiche quando, secondo le premesse dello stesso studioso, erano molte di più le anomalie che caratterizzavano il regime degli *iura praediorum rusticorum*, dall'essere essi soli *res Mancipi* sino alla loro tutela mediante interdetti di tipo possessorio, cosicché, anzi, la *lex Scribonia* non avrebbe fatto altro che aumentare le peculiarità anomale della disciplina delle servitù prediali (p. 207): critiche che necessiterebbero di più ampi approfondimenti ma che in ogni caso appaiono sin dalla loro enunciazione mostrare – ciò che qui interessa – una visione di tipo astrattamente dogmatico del tutto dimentica del più complesso e variegato, se non sovente a posteriori contraddittorio, atteggiarsi degli eventi storici rispetto alla loro successiva ricostruzione causale. In ogni caso, il paragrafo si conclude con il rifiuto della datazione «bassa» della *lex Scribonia* sostenuta da Luigi Capogrossi Colognesi (p. 208 ss.): argomento che si preferisce di affrontare in questa sede, in quanto porterebbe digressivamente troppo lontano, e che d'altra parte non è fondamentale agli effetti delle notazioni qui recate a mo' di recensione del libro in esame.

Segue un paragrafo relativo ad ulteriori elementi che a giudizio dell'autore risultano invece imprescindibili ai fini di una datazione della *lex Scribonia* e dell'individuazione delle sue ragioni concrete (p. 210 ss.), in cui egli – ponendo quale termine *post quem* il 216 a.C., in cui compare nelle fonti il primo *Scribonius*, e quale termine *ante quem* l'epoca ciceroniana e più precisamente il 71 a.C., in cui venne pronunciata l'orazione *pro Caecina*, da cui a suo avviso come si è visto risulterebbe in maniera definitiva l'ormai vigente inusucapibilità delle servitù – si fonda essenzialmente sui dati in nostro possesso circa il magistrato da cui essa prende nome, identificando il proponente con L. Scribonio Libone, unico a risultare essere stato tribuno della plebe e quindi ad aver potuto far votare la legge in questione, che com'è noto risulterebbe essere stata un plebiscito, e ponendo quindi la votazione nel 149 o nel 150 a.C. (p. 212 s.): soluzione a suffragio della quale l'autore richiama altresì, in un accenno alquanto veloce, il possibile nesso tra l'attività legislativa di Scribonio Libo e la politica agricola di Catone il censore (p. 213 s.).

Nelle conclusioni del capitolo (p. 214 ss.), una volta stabilita la data della *lex Scribonia*, le concrete ragioni della sua approvazione vengono quindi ricercate nel rapporto sistematico che in questo periodo storico si andava ponendo tra le servitù prediali e l'usufrutto, nel cui ambito, alla usucapibilità delle prime, si contrapponeva l'esclusione di un simile modo di acquisto dell'usufrutto: differenza che potrebbe venire spiegata, in una prima ipotesi, in vista del fatto che, in tali anni, non sarebbe ancora stata definita un'attività di fruizione di un fondo specifica all'usufrutto, mentre erano inconfondibili i comportamenti relativi alle servitù prediali – indipendenti da ogni forma di *possessio* e d'altra parte nettamente differenziati dalle facoltà esercitabili dal *dominus* sul proprio fondo – in cui si concretava il loro *usus* e quindi la possibilità di usucapirle: tuttavia, poiché in tale periodo l'antico *usus* acquisitivo aveva ormai perso gran parte della sua forza vitale e non sarebbe stato più in grado di estendere il proprio ambito di applicazione ai nuovi *iura in re aliena*, l'autore preferisce ritenere esatta una seconda soluzione, affermando che, quand'anche in ipotesi l'istituto dell'*usucapio* avesse anche avuto forza espansiva tale da estendersi dal *dominium* a tali *iura*, ciò sarebbe stato in ogni caso reso impossibile dal fatto che esso presupponeva una *possessio* che nell'usufrutto non era in alcun modo configurabile (p. 215 s.).

In tale prospettiva, l'autore può così ribadire la propria linea interpretativa imperniata sul parallelismo tra servitù rustiche ed usufrutto, nel cui alveo sarebbe sorto quest'ultimo istituto, anche in relazione alle ragioni della *lex Scribonia*, dato che a condurre all'abolizione dell'acquisto per *usus* delle servitù sarebbe stata appunto l'ingiustificata disparità di trattamento che si era venuta così a creare tra le antiche servitù rustiche, acquisibili in via prescrittiva, e l'usufrutto, insuscettibile di *possessio* e quindi di *usucapio* (p. 216). Seguendo questa falsariga ricostruttiva, viene quindi enfatizzato il carattere di ingiustificata differenziazione, sotto tale aspetto, tra i due istituti, tanto da parlare addirittura di

una «riprovazione» sociale verso il fatto che se taluno si comportava come titolare di una servitù rustica, limitandosi a transitare per il fondo o a derivarne acqua, poteva usucapire tale diritto, mentre se taluno si comportava ben di più come *fructuarius*, usando del fondo e facendone propri i frutti, tale possibilità acquisitiva gli era preclusa. Una prospettiva, tuttavia, che oltre ad enfatizzare quasi fuori misura una differenza di trattamento che nel conservatorismo romano non sarebbe stata verosimilmente certo così dilacerante – dato che l'usucapibilità delle servitù rustiche godeva di una antichità secolare tale da renderla naturale e scontata, mentre la novità stessa dell'usufrutto ne doveva rendere in ultima analisi accettabili senza problema le differenze di trattamento rispetto alle prime, atteso altresì che lo stesso ambito familiare in cui tale istituto si sviluppa doveva rendere rari se non remoti i problemi di un suo effettivo esercizio di fatto idoneo a trasformarsi in diritto mercè l'usucapione –, finisce d'altra parte per ricondurre in ultima analisi l'autore a posizioni assai prossime alle teorie, da lui rifiutate, che individuavano le ragioni della *lex Scribonia* nella nuova situazione venutasi a creare con la nuova considerazione delle servitù in termini di *iura* nonché con la trasformazione in *usucapio* dell'antico *usus* acquisitivo: è vero che l'autore enfatizza l'aspetto per così dire concreto di tali aspetti sistematici, insistendo sulla «riprovazione» che tale disparità di trattamento avrebbe destato nella concretezza della vita giuridica, ma, a parte il fatto che in verità riesce un po' difficile vedere i romani nella loro vita quotidiana tanto scandalizzati per tale discriminazione del povero preteso *fructuarius* rispetto al privilegiato usurpatore di servitù prediali, sembra in ogni caso che la disarmonia sistematica venutasi così a creare e, in ipotesi, la riprovazione per le sue conseguenze concrete non costituirebbero in ogni caso altro che i due aspetti di un medesimo fenomeno. Né contribuisce a superare tale problema l'ulteriore ragione fornita in tal senso dall'autore (p. 217), secondo il quale il differente trattamento di servitù ed usufrutto per quanto riguarda l'usucapione avrebbe provocato altresì «tensioni» a causa delle inevitabili confusioni e sovrapposizioni che si potevano verificare tra l'esercizio concreto dell'usufrutto e quello delle servitù di passaggio e di acquedotto (p. 217): confusioni e sovrapposizioni esemplificate con il caso di un vicino che reiteratamente si introduce in un fondo per attraversarlo, ma cogliendo al contempo della frutta, fattispecie che ad avviso dell'autore avrebbe creato grossi problemi qualora tra le parti fosse sorto un ipotetico contenzioso; ma in verità non si riesce a vedere a quale «confusione» o «sovrapposizione» tale curiosa fattispecie avrebbe potuto dare luogo, posto che, se avesse agito il vicino, avrebbe ovviamente scelto lui stesso quale interdetto o azione, *de servitute* ovvero *de usu fructo*, intendeva esperire – e si sarebbe trattato di accertare l'esistenza dello *ius* da lui rivendicato, mentre ogni suo ulteriore comportamento avrebbe al massimo potuto costituire materiale per la difesa della controparte –, mentre, se fosse stato il *dominus* del fondo ad agire con la negatoria, sarebbe bastata in ogni caso l'*interrogatio in iure* del convenuto per chiarire una volta per tutte a quale titolo – come preteso titolare di servitù ovvero di usufrutto – egli si era introdotto nel fondo oggetto di causa.

Il capitolo si conclude quindi sottolineando come, mentre in origine era stato l'usufrutto a modellare la propria disciplina su quella delle servitù rustiche, nel caso della *lex Scribonia* avviene invece per la prima volta – aspetto alquanto importante per la tesi dell'autore – il contrario, ed è lo *ius utendi fruendi* ad influenzare gli *iura praediorum*, che vengono appunto conformate nella propria regolamentazione, per quanto riguarda l'acquisto prescrittivo, alla disciplina del nuovo *ius in re aliena* (p. 218).

L'ultimo capitolo del libro esamina infine un ulteriore «osservatorio privilegiato» circa le vicende storiche di tali *iura in re aliena*, ossia *L'applicazione della «lex Falcidia» ai legati di usufrutto e di servitù prediali rustiche* (p. 219-292): si tratta di un capitolo, oltre che non breve, alquanto tenebroso nelle questioni affrontate, per cui si tenderà in queste note, anche per non abusare della pazienza dell'eventuale lettore, a sintetizzarne quanto più possibile la recensione, che qui purtuttavia, dovendo seguire le argomentazioni non sempre facili dell'autore, si preannuncia comunque non veloce.

Nel primo paragrafo, relativo all'applicazione della *lex Falcidia* all'usufrutto, una volta sintetizzato il contenuto di tale disposizione legislativa ed il suo carattere, a giudizio della dottrina prevalente, di *lex perfecta*, ci si concentra sua applicazione ai legati aventi oggetto indivisibile, che quindi non

avrebbero potuto in linea di principio che essere validi o nulli per l'intero, anche se la dottrina più diffusa tende a ritenere che tali disposizioni sarebbero state considerate valide, ma che sarebbe stata concessa all'erede, convenuto dal legatario per ottenere la condanna per l'intero, una *exceptio* mediante la quale egli avrebbe evitato la sconfitta se il legatario non avesse offerto il pagamento appunto della *quarta Falcidia* (p. 223 s.). Per quanto riguarda poi specificamente il legato d'usufrutto, le posizioni in materia dei *prudentes* romani sono esposte in un frammento di Paolo (l.s. *ad l. Falc.*) ed in un parallelo luogo dei *Vaticana fragmenta*, alquanto corrotto e ricostruito sulla base del primo:

D. 33.2.1.9: Si usus fructus legatus sit (qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt), veteres quidem aestimandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato. sed Aristo a veterum opinione recessit: ait enim posse quartam partem ex eo sic ut ex corporibus retineri idque Iulianus recte probat.

Vat. fr. 68: Usus fructu legato (nam iter non recipit hanc quaestionem), quia et dividi potest, videamus quomodo lex Falcidia in eo locum habere possit. et veteres quidem aestimandum totum usum fructum putabant et ita constituendum, quantum sit in legato; sed Aristo a veterum opinione recessit; ait enim posse quartam partem ex eo sic ut ex corporibus retineri idque Iulianus probat.

I due passi risultano implicare, spiega la trattazione, che mentre i *veteres* ritenevano che il legato di usufrutto fosse un legato da stimare per l'intero e parimenti valido efficace nella sua totalità, a partire da Aristone esso venne invece reputato un legato divisibile che dunque sarebbe potuto risultare parzialmente nullo o inefficace (p. 225 ss.). Né è qui il caso di dilungarsi sulle difficoltà che la esegesi di questi passi crea all'autore in vista di due supposti «salti logici» a suo avviso riscontrabili tra l'affermazione della divisibilità dell'usufrutto e l'opinione dei *veteres*, che appare contrastarla, nonché tra l'indicazione dell'indivisibilità dell'*iter* e delle servitù e la mancata enunciazione dell'applicabilità ad esse, per tale ragione, del più antico regime che i *veteres* riservavano anche all'usufrutto appunto in quanto indivisibile (p. 228 s.): difficoltà che tuttavia sembrano superabili tenendo presente come, specie nel testo riportato dai *Digesta* – dove si nota altresì la verosimile interpolazione di '*ceterae servitutes*' per adeguare il passo alla nuova classificazione giustiniana degli *iura in re aliena* – il frammento appaia accorciato se non malamente ricucito in taluni punti, cosicché, sembrerebbe, la frase relativa ai *veteres* risulta immediatamente ricollegarsi alle affermazioni iniziali circa la divisibilità dell'usufrutto e la indivisibilità delle servitù; mentre, come in certo modo emerge dalla pur ricostruita versione dei *Vaticana fragmenta*, tale notazione antiquaria doveva invece in origine inserirsi nel passo di Paolo come una parentesi volta a completare storicamente il discorso, per cui le premesse iniziali sembrerebbero quindi da ricollegare invece senz'altro alla più recente posizione di Aristone, oggetto diretto della regola enunciata dal passo e della quale risultano costituire le motivazioni logico-giuridiche (quantomeno, se letto in tale prospettiva, il testo non si presterebbe più ai possibili equivoci lamentati dall'autore).

A questo punto, al fine di verificare sotto tale aspetto il parallelismo costruttivo tra usufrutto e servitù, ci si volge a considerare il regime applicativo della *lex Falcidia* ai legati aventi ad oggetto queste ultime (p. 229 ss.), prendendo le mosse da D. 25.2.7 (Pap. 7 *quaest.*: '*lege Falcidia interveniente legata servitus, quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur aestimatio*'), passo che – al di là di alcuni superabili dubbi interpolatori legati in particolare alle parole '*restitutio in solidum*', cui forse sarebbe stata preferita la locuzione '*restitutio in universum*', nonché circa la nozione implicata dal passo, di una '*restitutio pro parte*' – mostra come, data l'indivisibilità di tali *iura in re aliena*, il relativo legato venisse considerato interamente valido, salvo l'obbligo dell'onorato di offrire appunto la somma corrispondente alla parte in cui il legato violava la *lex Falcidia*: un regime quindi analogo a quello che i *veteres* applicavano altresì all'usufrutto. Ed infatti – dopo l'esame di un testo alquanto complesso come D. 31.76.pr. (Pap. 7 *resp.*), che in ogni caso sembra venire richiamato (p. 231 ss.) più che altro per completezza, dato che per quanto riguarda la disciplina delle disposizioni di servitù esso non appare aggiungere molto, sia che si accettino letture di tipo interpolatorio sia che si segua l'esegesi di tipo conservativo proposta dall'autore – tale prospettiva ricostruttiva risulta venire pienamente confermata da D. 44.4.5.1 (Paul. 71 *ad ed.*: '*Si cui legata sit via et is lege Falcidia locum habente totam eam vindicet non oblata aestimatione quartae partis, summoveri eum doli exceptione Marcellus ait, quoniam suo*

commodo heres consulit”), che, pur nelle sue mende formali ed in particolare nei dubbi circa l’esatta individuazione dell’eccezione menzionata dal testo classico, appare in ogni caso del tutto accettabile nel suo dettato sostanziale (p. 237 s.). Segue l’esame di D. 35.2.80.1 (Gai. 3 *leg. ad ed. praet.*), relativo ad *legatum viae itineris actusve*, testo alquanto corrotto e criticato in particolare da Pietro Bonfante, ma il cui finale (*‘quorum omnium legatorum nomine, etsi plures heredes sint, singuli in solidum tenentur. haec itaque legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. sed potest heredi hoc remedio succurri, ut aestimatione facta legati denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat, si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali’*) serve all’autore per mettere meglio a fuoco, attraverso argomentazioni e soluzioni che sarebbe troppo digressivo qui ripercorrere, il meccanismo attraverso cui la *lex Falcidia* interferiva con la solidarietà passiva gravante sugli eredi in ordine alle obbligazioni indivisibili (p. 239 ss.).

Il quadro di massima così delineato in ordine al rapporto tra legato di servitù e *lex Falcidia* viene infine ribadito attraverso il richiamo di D. 35.2.49.1 (Paul. 12 *ad Plaut.*), in cui il testatore, oltre a lasciare in legato un fondo che già di per sé esorbita dai limiti posti da tale legge, dispone altresì una servitù per raggiungerlo attraverso un ulteriore fondo di sua proprietà, con il risultato che il legato di servitù risulta invalido (p. 245 ss.), nonché di D. 35.2.23 (Scaev. 15 *quaest.*), alquanto corrotto nella sua stesura attuale (p. 247 ss.), ma che nel suo tenore genuino doveva ribadire i principi su tale questione già messi in luce dall’autore (p. 250).

Da tale non breve indagine, quindi, emerge come in origine, per quanto riguarda il limite posto dalla *lex Falcidia*, il regime giuridico dei legati di servitù e di usufrutto fosse coincidente, risultando tali *iura in re aliena* validi per l’intero in quanto indivisibili, mentre il problema del superamento di tale limite veniva risolto imponendo al legatario di corrispondere all’erede l’*aestimatio* di tale eccedenza: soltanto in seguito, a partire da Aristone, lo *ius utendi fruendi* venne considerato divisibile, così da applicare ad esso la detrazione della *quarta Falcidia* *‘sicut ex corporibus’* e diversificando quindi una volta per tutte, sotto tale aspetto, il regime dei due *iura in re aliena* (p. 151).

A questo punto l’autore si volge ad esaminare il dibattito dottrinario su tali temi, concentrandosi, oltre che sulle opinioni degli studiosi circa le ragioni di tale regime, in particolare sulle spiegazioni fornite al mutamento della regola relativa all’usufrutto: questioni circa le quali la dottrina si può dividere tra gli autori che spiegano il regime applicativo della *lex Falcidia* all’usufrutto in base ad una originaria concezione di quest’ultimo come indivisibile e gli autori che hanno dato altre interpretazioni di questo fenomeno, tentando quindi di chiarire in base a congetture di altro tipo la sua successiva considerazione in termini di divisibilità (p. 270 s.). Vengono così riprese le teorie di Pierre Masson, incentrata su di un’origine dell’*uti frui* quale diritto di credito, di Filippo Gallo, che giungeva a risultati per vari versi analoghi postulando che in origine tale diritto venisse disposto attraverso il *legatum sinendi modo*, e di Max Kaser, com’è noto in un primo tempo imperniata sulla nozione costruttiva di «proprietà funzionale» (p. 252 ss.), per giungere infine alle complesse ed articolate posizioni di Mario Bretonne, che colloca le origini dell’usufrutto nell’alveo di un suo nesso genetico con il diritto di proprietà che sarebbe stato superato solo in età imperiale grazie uno sforzo dei giuristi di spostare l’attenzione, per quanto riguarda la sua architettura sistematica, enfatizzandolo, sul momento dell’acquisto dei frutti (p. 255 s.), e che, d’altra parte, ritiene che persino in età classica, benché l’usufrutto fosse ormai considerato divisibile, vi fossero tuttavia ancora voci discordanti, come quella di Sabino, che l’avrebbero considerato sempre indivisibile (p. 256 s.): linea interpretativa che scaturirebbe, per lo studioso, dal dettato di *Vat. fr.* 75.5 (p. 258 ss.).

Non è tuttavia il caso che queste note, già ora sin troppo lunghe, si addentrino a questo punto in tale problema, e neppure che seguano in maniera analitica il successivo paragrafo sul conseguente dibattito dottrinale su tali temi (p. 270 ss.): in effetti, come nota lo stesso autore, si tratta di un dibattito di estrema ricchezza e complessità (p. 283), che d’altra parte presuppone ancora una volta un preventivo esame, prima di arrivare al punto che qui interessa, delle complessive costruzioni in base alle quali ciascuno studioso arriva a tali specifici risultati circa la divisibilità o indivisibilità dell’usufrutto; lo stesso autore, infatti, tenta un difficile compromesso tra una considerazione esaustiva e generale di tali posizioni ed una loro esposizione più sintetica possibile, ottenendo in linea di mas-

sima risultati alquanto soddisfacenti, anche se ciò non toglie che talvolta, se vuole comprendere sino in fondo le varie posizioni via via richiamate e soprattutto le particolari conseguenze che i loro autori ne traggono su singoli punti, al lettore sembri opportuno, se non necessario, andare direttamente a controllare quanto scritto dagli studiosi cui l'autore fa riferimento: ed anche per tal verso, dunque, una esaustiva disamina di tali teorie e degli argomenti sistematici e testuali recati da esse in ordine al problema in esame renderebbe qui la recensione di lunghezza eguale, se non perfino maggiore, alle pagine dedicate ad esse dall'autore. Del resto, se il rifiuto delle posizioni dottrinali esaminate era già di per sé implicato dalla circostanza che l'autore come si è visto rifiuta i presupposti di fondo di tali teorie, ed in particolare l'analogia costruttiva con il diritto di credito ovvero con la proprietà con cui esse tendono a spiegare le origini dell'usufrutto, quanto soprattutto conta è il fatto che le conclusioni cui per tal verso il libro giunge ribadiscono ancora una volta, anche dal punto di vista dell'originaria indivisibilità dell'usufrutto, il decisivo parallelo di questo con le servitù rustiche che come si è più volte visto l'autore sostiene.

Alquanto più breve l'esame delle teorie «che hanno tentato di collegare l'antico regime di applicazione della *lex Falcidia* al legato costitutivo di usufrutto con ragioni diverse dalla sua primitiva indivisibilità» (p. 285 ss.), e le critiche che vengono ad esse rivolte (p. 287 ss.). Già Giuseppe Grosso, in tale prospettiva, aveva ritenuto di superare la questione postulando che in realtà, in maniera empirica e meno sistematica, le preoccupazioni dei *veteres* si riducessero in fondo alle mere modalità di applicazione concrete delle previsioni della *lex Falcidia* al legato di usufrutto, anche se in verità Paolo riferendo il mutamento giurisprudenziale risalente ad Aristone prende proprio le mosse dalla contrapposizione tra indivisibilità delle servitù e divisibilità dell'usufrutto (ma, come si è accennato, si deve notare come in effetti tale diversità strutturale, in D. 33.2.1.9 e soprattutto in *Vat. fr.* 68, parrebbe nel testo da riferire in realtà più alla posizione dei giuristi imperiali che a quelle dei *prudentes* repubblicani): in ogni caso, a tale ipotesi di soluzione l'autore obietta (p. 287 s.) che Giuseppe Grosso non è purtroppo riuscito «a dare corpo e sostanza» alle ragioni specifiche che conducevano all'applicazione della *lex Falcidia* all'usufrutto, né a spiegare in maniera soddisfacente il mutamento del regime di quest'ultimo avvenuto sotto tale aspetto con Aristone (critica che appare invero un po' eccessiva e fuori luogo, se si tiene conto di come l'autore torinese vergasse tali osservazioni recensendo il primo volume di Mario Bretone sull'usufrutto e quindi più che altro in riferimento alle ipotesi ricostruttive di tale autore, senza che dunque si possa pretendere da tali note una compiuta trattazione di tale specifico argomento ed una soluzione di tutti i singoli problemi da esso implicati)⁶. Anche le posizioni in materia di Max Kaser – che, dopo aver abbandonato la sua precedente ricostruzione delle origini dell'usufrutto in termini di «proprietà funzionale», riteneva che mentre nelle servitù l'indivisibilità sarebbe conseguita alla impossibilità di scindere il loro uso, per l'usufrutto un esercizio diviso avrebbe potuto presentarsi in ogni epoca (p. 286) – vengono criticate sia in base al fatto che anche per le servitù è pur concepibile un uso frazionato (e qui l'autore ricorda la fruizione dell'acquedotto o del passaggio in base ad *intervalla dierum et horarum*, fenomeno che tuttavia – si potrebbe notare se si volesse essere un po' acribici – riguarda più servitù costituite sullo stesso sentiero o sul medesimo *fons*, e non le modalità di sfruttamento di una singola servitù), sia in quanto non sarebbe vero che nell'usufrutto un esercizio diviso possa rappresentarsi in ogni epoca, «posto che le fonti paiono espressamente smentire la possibilità di un uso frazionato della cosa in usufrutto» (p. 288: ma sembra un po' poco limitarsi a citare a tal fine, senza alcun ulteriore commento, D. 7.8.19, Paul. 3 *ad Vit.*: '*usus pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus*'); del pari, la congettura di Max Kaser, secondo cui in origine si sarebbe preferito considerare l'usufrutto indivisibile in vista della sua natura alimentare e della conseguente esigenza di un uso personale ed esclusivo della cosa, viene ribaltata dall'autore osservando che, semmai, proprio la natura alimentare sarebbe stata meglio soddisfatta dalla soluzione di Aristone, che avrebbe risparmiato

⁶ G. GROSSO, *rec.* a M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, *Dalle origini a Diocleziano* (Napoli, 1962), in «SDHI», XXIX, 1963, p. 343 ss., e ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino, 2001, p. 542 ss.

al legatario indigente la difficoltà di procurarsi il denaro per pagare all'erede, soprattutto se estrano alla famiglia, la *quarta pars aestimationis* del suo diritto di usufrutto (p. 286 s.: osservazione che tuttavia, nel suo sovrapporre diversi piani ermeneutici e nel mischiare prospettive ricostruttive non del tutto coincidenti, non appare alla fine del tutto perspicua). Più fondata, almeno ad una considerazione di massima, la critica rivolta infine a Bernardo Albanese, secondo il quale (in relazione al dettato dei §§ 1 ss. di *Vat. fr.* 75, di cui qui si è fatto solo cenno) i *veteres* avrebbero preferito la soluzione dell'*aestimatio* nell'applicare la *lex Falcidia* all'usufrutto in quanto, nell'ipotesi di comunione di godimento tra erede e legatario, vi erano casi, come quello dello schiavo, in cui la cosa legata poteva prestarsi difficilmente ad uno sfruttamento diviso (p. 287): prospettiva che viene ritenuta ingiustificata dato che dal testo dei *Vaticana fragmenta* in effetti non emerge neppure implicitamente alcun verosimile nesso costruttivo con i possibili differenti oggetti del legato di usufrutto (p. 289).

Non essendo persuasive le spiegazioni avanzate su tale questione della dottrina, la trattazione può quindi riaffermare nel successivo paragrafo (p. 289 ss.) come l'unica possibile soluzione della vicenda del trattamento dell'usufrutto rispetto alla *lex Falcidia* rimanga soltanto l'originario parallelo costruttivo con le servitù rustiche, nel cui alveo sorse l'usufrutto, prospettiva ove – come l'autore ribadisce sulla scia di alcune osservazioni di Mario Bretonne – appunto «la struttura e la disciplina delle più antiche servitù rustiche costituì il modello per l'elaborazione della struttura e della disciplina del nascente usufrutto sui fondi» (p. 290). Già accomunato alle servitù dalla parallela tutela processuale e dalla comune non usucapibilità, anche per quanto riguarda la *lex Falcidia* l'usufrutto venne in principio considerato indivisibile: cosa, nota l'autore, ancora più significativa, dato che, come mostra la successiva evoluzione del suo regime a tali effetti, l'usufrutto era in realtà uno *ius* divisibile, cosicché la sua originaria considerazione in termini di indivisibilità non può essere spiegata se non in vista del parallelismo costruttivo con le servitù che aveva caratterizzato le sue origini (p. 291).

Nel paragrafo finale del capitolo (p. 291 s.) l'autore, citando per brevità le sue stesse parole, reca «alcune necessarie precisazioni conclusive», ossevando come impressioni «la differenza fra il meccanismo applicativo della *lex Falcidia* ai legati costitutivi di servitù, rispetto a quello applicato ai legati costitutivi d'usufrutto, consistente nell'esigenza di effettuare la stima del valore, che oggi definiremmo di comune mercato, del diritto d'usufrutto alla data dell'apertura della successione e non al momento della richiesta giudiziaria del legatario rivolta all'erede. Tale differenza, che ci sembra desumibile dalla frase *totum aestimandum*, che non si rinviene nei testi relativi alle servitù, dove il riferimento è alla stima della *pars*, potrebbe essere, con tutta ragionevolezza, ritenuta conseguente alla necessità di operare la cennata stima del valore del diritto d'usufrutto, al momento della morte del *de cuius*, posto che il valore di tale diritto, a differenza di quello di servitù, diminuisce fisiologicamente nel tempo, tenuto conto del progressivo diminuire delle aspettative di vita del suo titolare»; elemento che conferma l'osservazione di Giuseppe Grosso secondo cui lo schema del *ius* risultava alquanto stretto al nascente *ius utendi fruendi*, che assorbiva tanta parte del contenuto economico ed empirico della proprietà: prospettiva che verosimilmente indusse Aristone ad elaborare il nuovo metodo applicativo della *quarta Falcidia* ai legati costitutivi d'usufrutto, che eliminò il ricorso e quindi anche il ricordo del rimedio dell'*exceptio* analogo alla soluzione applicata alle servitù, di cui infatti le fonti conservateci non fanno più neppure cenno riguardo all'usufrutto (p. 292).

E qui il libro finisce: e magari a qualche lettore potrebbe quasi venire da dire «si interrompe», dato che, terminato l'esame dei rapporti tra *lex Falcidia* ed usufrutto, egli si aspetterebbe quantomeno un breve capitoletto conclusivo in cui vengano richiamati e sviluppati nella loro reciproca iterazione ermeneutica i vari aspetti ricostruttivi che la trattazione ha messo a fuoco circa le origini dello *usus fructus*: qualche pagina, insomma, che esponga in maniera specifica nonché più piana ed articolata quei «modelli di riferimento» e quelle «sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica» indicati nel sottotitolo del libro, e che a questo punto sembrerebbero in certo modo da riconsiderare non più come aspetti da dimostrare alla luce delle fonti e nel confronto critico tra le varie posizioni dottrinali, ma come più sicuri risultati definitivi, idonei, nel loro isolamento espositivo, a meglio mostrare le

conseguenze che in generale essi hanno in ordine al complessivo disegno ricostruttivo del sorgere e del primo svilupparsi dell'usufrutto.

Tuttavia la ritrosia dell'autore nel procedere ad una panoramica e ad una sintesi conclusiva dei risultati cui è pervenuto, forse dovuta alla sua prudente modestia, non dovrebbe far perdere di vista al lettore, che riponga il libro dopo il suo brusco finale, i risultati concettualmente non lievi né tantomeno ermeneuticamente trascurabili, cui questo è pervenuto: che l'usufrutto sia sorto già come *ius* in una elaborazione giurisprudenziale che dovette procedere alla costruzione sistematica del regime del nuovo istituto nel parallelo ermeneutico con le servitù prediali rustiche, che costituirono con ogni verosimiglianza il modello per vari versi ispiratore ed il referente dogmatico della sua prima sussunzione giuridica e quindi nella sua regolamentazione di massima più antica, era idea nei suoi aspetti essenziali già in certo modo diffusa tra gli studiosi, anche se del tutto non articolata in una totalizzante teoria ricostruttiva, e del resto il suo imporsi era inevitabile se non altro per esclusione, dopo quello che può essere considerato il fallimento delle ipotesi *lato sensu* proprietarie connesse, nel secolo scorso, alle concezioni bonfantiane dei poteri del *paterfamilias*, ed il successivo superamento di visuali sempre di impronta dogmaticistica che, per aggirare tale più antico modello ricostruttivo, erano ricorse ad architetture invero cerebrotiche – mi si passi il termine oggi del resto relativamente diffuso – imperniate all'opposto sull'idea di una primigenia concezione dell'usufrutto in termini di diritto di credito. Ma se, una volta divenute pressoché insostenibili le prospettive di un'origine proprietaria o comproprietaria ovvero creditoria dell'usufrutto era inevitabile, in assenza di altre soluzioni, tendere a proiettare a ritroso la sua dimensione classica di *ius in re aliena*, collocando tale figura più o meno implicitamente in un alveo dogmatico che del resto risultava per vari versi il più semplice e lineare e perciò di per sé più verosimile, Renato La Rosa risulta aver fornito a questa prospettiva, di ordine in primo luogo intuitivo e di buon senso, una compiuta giustificazione storico-dogmatica nonché testuale, mostrando per di più come tale ipotesi possa venire definitivamente provata anche attraverso le vie argomentative, le fonti e gli elementi significativi che nel secolo scorso erano serviti per giungere ai ben diversi risultati ricostruttivi testé richiamati, e dunque dando alla ipotesi della nascita dell'usufrutto in termini di *ius* non solo una dimostrazione per così dire *construens*, ma corredandola altresì di una parallela *pars destruens* che fa finalmente giustizia di tali vecchie ed ormai sempre meno plausibili tesi.

Per altro verso il sorgere dell'usufrutto sin dalla sua prima elaborazione giurisprudenziale in termini di *ius in re aliena* non risulta rappresentare soltanto una terza via rispetto alle altre ipotesi – proprietarie e creditorie – sostenute in passato dalla dottrina, ma, molto di più, appare un generale metodo alternativo ed opposto rispetto al complesso di queste ultime nella ricerca relativa ai problemi di origine.

In effetti, tali precedenti teorie postulavano, in maniera implicita ma netta, che una nuova figura quale l'usufrutto, per poter essere introdotta nel mondo giuridico romano, dovesse innanzitutto venire costruita dai *prudentes* in base agli strumenti dogmatici di cui essi disponevano, e solo una volta che fosse stata elaborata più o meno compiutamente nei suoi aspetti tecnico-giuridici essa potesse finalmente venire offerta ai privati come soluzione alle loro esigenze pratiche, le quali avevano del resto a loro volta dato il via a tale ricerca, in una circolarità relativa a sforzo elaborativo dei *prudentes* che in tale modello ricostruttivo appariva già di per sé non poco complessa e anzi piuttosto inverosimile, quasi che i giuristi, nel loro *cavere*, potessero dare al postulante un nuovo appuntamento per l'anno successivo per poter frattanto discettare della costruzione sistematica dell'istituto e della sua generale disciplina dogmatica prima di procedere ad individuarlo ed appunto a crearlo.

L'esempio paradigmatico di tale prospettazione del diritto romano più antico è offerto dalle tesi in ordine all'origine delle servitù prediale, anch'esse a lungo contese tra ipotesi di tipo proprietario e controipotesi di ordine creditorio, ma in ogni caso sempre impostate come se, all'inizio, per concedere al vicino e ai suoi discendenti il diritto di passare sul proprio fondo (come già notava Pietro Bonfante, il problema dei terzi acquirenti dovette presentarsi solo più tardi, data la scarsità dei passaggi di proprietà immobiliari nei primordi romani) si dovesse preventivamente attendere il pare-

re di un *pool* di pontefici che stabilisse a quale categoria dogmatica ascrivere l'istituto così delineato: dimenticando che quello che veniva chiesto ai giuristi, e a maggior ragione a quelli più antichi, era il predisporre le formule negoziali per arrivare a tale risultato e le formule contenziose per farlo valere nel processo, e solo in seconda istanza come inquadrarlo dogmaticamente (cosa che del resto non doveva certo interessare più di tanto i normali *cives*). Con questo non si vuole certo negare, ovviamente, che i *prudentes*, nel loro procedere, dovessero inevitabilmente tenere presente il complessivo quadro sistematico degli istituti vigenti, che com'è ovvio faceva da guida al loro operare, secondo prospettive *lato sensu* analogiche, ma escludere semplicemente che, nella loro pressoché istintiva metodologia, l'inquadramento sistematico, e con esso la giustificazione dogmatica ultima dell'istituto, dovesse in maniera inevitabile e generalizzata precedere l'attività volta in concreto a delineare la nuova figura sulla base delle esigenze dei privati e quindi innanzitutto sul versante, appunto, della sua effettiva costituzione negoziale e della sua immediata tutela processuale. Per tal verso, il postulare che i pontefici dovessero elaborare la figura delle servitù ad immagine della proprietà, quale unico referente a loro disposizione per concretizzare nella pratica negoziale la finalità di concedere al titolare di un fondo di transitare su quello del vicino, costruendo la servitù quale appartenenza o coappartenenza della striscia di terreno sui cui essa insisteva, oltre che privilegiare esigenze di architettura dogmatica, verosimilmente non ancora sorte, sul reale fine pratico in vista del quale il nuovo istituto era sorto, significa in effetti immaginare gli antichi romani come passivamente disposti ad accettare dai *prudentes* soluzioni giuridiche di per sé alquanto lontane da ciò di cui avevano bisogno, ed un rinunciatario piegarsi della vita reale a schemi teorici della scienza giuridica del resto alquanto recenziatori rispetto a tale primordiale epoca, secondo visualizzazioni di massima del contesto quiritario piuttosto improbabili se viste in una prospettiva più generale (e per tal verso, ci si può concedere un'ultima digressione, si potrebbe tra l'altro estemporaneamente notare come l'idea bonfantiana, che impostava il problema delle origini dei rapporti fondiari sul «carattere politico sovrano potestativo» delle istituzioni private dei romani, cosicché la dimensione proprietaria della servitù ed il *dominium* sulla striscia di terreno su cui essa insisteva non sarebbero stati altro che «una conseguenza della sovranità territoriale che poteva asservire un fondo all'altro» e, più in generale, «un effetto e a un tempo stesso un indice della sovranità cui sono improntati tutti i rapporti giuridici della primitiva società, e fino a un certo segno anche la società storica»⁷, sembra condurre ad un uso della concezione del *paterfamilias* romano alquanto unilaterale e solipsistica, dato che, se è pur vero che le fonti tendono a vedere le varie situazioni giuridiche dal punto di vista della situazione predominante di chi è libero, *civis* e *sui iuris*, e quindi *dominus*, creditore, attore e così via – taluna dottrina moderna parlerà a questo proposito di «attanziali» –, è nondimeno altrettanto indubitabile che in tale visuale l'unico *paterfamilias* considerato e rivestito di tali attributi è qui il *dominus* del fondo dominante, mentre, nel momento in cui sorge la servitù anche l'altro *paterfamilias*, ossia futuro titolare del fondo cosiddetto servente, è in tale prospettiva anch'egli un *paterfamilias* altrettanto sovrano, ed anzi, finché la servitù non è costituita, è quello che si trova in posizione per così dire dominante, dato che è il vicino ad aver bisogno di quella servitù che appunto chiede all'altro di concedergli: per cui, paradossalmente, sarebbe proprio il preteso «carattere politico sovrano potestativo» delle istituzioni private dei romani e la cosiddetta sovranità del *paterfamilias* «cui sono improntati tutti i rapporti giuridici della primitiva società» a rendere proprio secondo questa stessa impostazione ricostruttiva del tutto assurdo che un cotale *paterfamilias* potesse accettare di vedere limitare il suo potere dominicale sul proprio fondo da un vicino al quale, per permettergli il transito sul proprio fondo, dovrebbe anche concedere addirittura la proprietà o la comproprietà di parti di esso: lettura di tale ipotesi ricostruttiva che non mi risulta essere mai stata considerata, e che – tenendo semplicemente presente il diverso rapporto paritario dei due *paterfamilias* che devono costituire il rapporto di servitù – soprattutto mostra esemplarmente l'assurdità di prospettive improntate a impostazioni aprioristiche tanto astratte da non accorgersi di come le loro stesse premesse smentiscano, ad una più libera e magari un

⁷ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. Milano, 1972, in particolare p. 63.

po' dissacrante considerazione, i loro stessi risultati finali).

Ponendosi quindi in una prospettiva storico-ricostruttiva che postuli invece che l'istituto, nella sua prima costruzione empirica, preceda giocoforza la sua compiuta sussunzione sistematica, e che i modelli di riferimento servano perciò più ad inserire la nuova figura in una soddisfacente dimensione dogmatica e a precisare la sua concreta disciplina che a consentirne la stessa nascita, fanno piacere, tornando allo *ius utendi fruendi*, le parole scritte sia pur in altre prospettive da Mario Bretone, secondo cui «la situazione giuridica dell'usufruttuario, al pensiero più antico, era parsa un'entità (per così dire) indistinta»⁸, parole che Renato La Rosa richiama, si potrebbe dire enfatizzandole, osservando che «l'usufrutto delle origini, per il Bretone, sarebbe apparso privo, addirittura, di una sua precisa fisionomia, e, diremmo quasi, alla faticosa ricerca di una sua identità» (p. 73 s.). Una prospettiva, questa, che sembra in effetti cogliere l'aspetto essenziale della nascita dell'usufrutto e delle sue prime vicende giurisprudenziali, nel senso che esse appaiono, quantomeno nella prospettiva dell'autore del libro in esame, riflettere una impostazione ricostruttiva in cui l'usufrutto nasce quale soluzione empirica alle necessità di concedere ad una persona l'uso e il godimento, ma non la proprietà, di determinati beni, mentre solo in seguito, specie attraverso il progressivo emergere nella prassi dei problemi cui esso può dar luogo nelle sue particolari applicazioni e quindi in vista della necessità di coordinarlo in maniera sempre più compiuta con gli altri aspetti dell'ordinamento, esso viene costruito come un compiuto istituto e disciplinato in maniera via via sempre più particolareggiata dalla giurisprudenza romana, che in tale elaborazione non può che tenere presente, come l'autore ha egregiamente dimostrato anche da un punto di vista testuale e dogmatico, il referente costituito dalle servitù rustiche, ossia il modello più prossimo tra quelli a disposizione in ordine a tale nuova figura.

Così come la scienza pontificale non doveva verimilmente essersi resa conto fino in fondo della dirimpente novità costituita dalla «invenzione» delle servitù prediali, che venivano a costituire sotto vari e non secondari aspetti un *tertium genus* rispetto agli unici diritti in linea di massima sino allora conosciuti, ossia la proprietà e il diritto di credito, mentre forse gli stessi pontefici non si sarebbero neppure azzardati a tale passo se avessero considerato sino in fondo le latenti potenzialità rivoluzionarie che a posteriori tale diverso istituto assumeva sulle strutture del diritto quiritario più arcaico, non troppo diversamente l'usufrutto nacque, sia pure in un contesto certo più evoluto, per soddisfare nella maniera più semplice e diretta quello che infatti è il suo incontestabile scopo, ossia permettere ad una persona che pur non ne diviene proprietario di usare e di fruire di una *res* o di patrimonio o di una sua parte, esigenza che com'è noto risulta in maniera relativamente indiscussa ricollegarsi alla nuova posizione della vedova nel matrimonio *sine manu*: e per tal verso, nell'empirica concretezza del diritto romano, il primo problema che si pose non fu quello della giustificazione sistematica della costruzione dell'istituto, bensì quello, alquanto più immediato, del come costituire un simile diritto e di come quindi tutelarlo nel caso di controversie su di esso (in tale prospettiva, se sotto il primo aspetto continua a sembrarmi essenziale un'approfondimento circa il *legatum sinendi modo* ed un suo nesso con la nascita dell'usufrutto quale strumento idoneo ad evitare che il suo oggetto si traduca tanto un lascito di tipo reale quanto una vera e propria precisa obbligazione in capo all'erede, limitandosi invece ad imporgli il dovere negativo di sopportare – e quindi non *prohibere* – l'esercizio dell'*uti frui*, dal punto di vista processuale il referente della servitù prediale e della formula '*ius mihi esse*' doveva del parsi imporsi nella maniera più piana – ed appare in effetti questo il verosimile primo gradino di tale parallelo costruttivo – di fronte ad altre impostazioni fondate sul '*meum esse*' ovvero sulla nozione di '*oportere*').

Non quindi una figura nata a immagine e somiglianza della proprietà o del diritto di credito, ma un istituto che per essere tale deve innanzitutto essere se stesso, senza poter rinunciare alla sua novità che appunto lo differenzia inesorabilmente da entrambi tali modelli, e determinato nel suo sorgere direttamente dal fine di lasciare la facoltà di usare e fruire della cosa a persona diversa dal proprietario in maniera tale che essa sia opponibile all'erede (*inter vivos*, infatti, risultano esistere vari

⁸) *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., p. 85.

altri casi in cui le facoltà di godimento sono scisse dall'appartenenza della cosa, dalle concessioni di *agri publici* sino al precario e ad altre forme riconducibili alla *fiducia cum amico* ed al comodato di età stoica, nelle quali l'obbligo del concedente può venire regolato in vari modi appunto in vista del fatto che il rapporto fa ancora capo a lui, mentre qui il problema era appunto costituito che tale diritto sorgeva dopo la sua morte, e quindi la persona da vincolare a tale lascito – l'espressione è volutamente atecnica e generica – era invece l'erede: prospettiva che forse potrebbe non essere del tutto inutile approfondire a proposito del sorgere e del primo conformarsi dell'usufrutto). Così come, almeno fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975, accadeva in Italia di trovare testamenti un po' rozzi in cui il disponente diceva più o meno di voler lasciare i suoi beni ai figli ma ovviamente dopo che fosse morta la moglie, che com'è inevitabile venivano subito interpretati – al di là del problema del rispetto della legittima – nel senso di un lascito della nuda proprietà ai figli e dell'usufrutto alla vedova, la medesima richiesta proveniva ai *prudentes* romani dalla concreta realtà quotidiana (ed in effetti l'empirica visione dell'usufrutto come proprietà temporanea non è forse soltanto una concezione «volgare» dell'istituto, ma una prospettiva di fondo metagiuridica che infatti emerge sovente latente negli stessi testi dei giuristi classici): la differenza consistette nel fatto che, ovviamente, i *prudentes* romani per soddisfare tali richieste non avevano già a disposizione una figura come l'usufrutto, e dovettero quindi inventarla e costruirselo da soli.

In questo senso, la scelta ricostruttiva di ritenere che l'usufrutto si sia sviluppato, ossia abbia ricevuto una disciplina ed un inquadramento sistematico, nel referente costruttivo costituito dalle servitù prediali, in un'elaborazione parallela che con ogni probabilità fu la causa, se non determinante, in ogni caso decisiva per lo sviluppo della categoria degli *iura in re aliena*, è quindi una scelta ermeneutica alternativa alle ipotesi che si incentrano sul modello della proprietà o del diritto di credito non solo per quanto riguarda il paradigma sulle cui fondamenta venne edificata l'architettura del nuovo istituto, ma soprattutto nella diversa prospettiva generale delle coordinate di fondo su cui impernare la storia dell'istituto, guardando cioè non più ai modelli che avrebbero presieduto la sua nascita, ma vedendo invece nell'usufrutto una figura che, dopo essere nata semplicemente in risposta alle esigenze della coeva realtà socio-economica romana, venne solo in un secondo tempo – da un punto di vista, se non necessariamente cronologico, quantomeno logico – elaborata dai *prudentes* in riferimento all'istituto più simile tra quelli che avevano a disposizione, ossia appunto le servitù prediali rustiche.

E se questo è in primo luogo il decisivo portato della prospettiva ermeneutica che situa il primo sviluppo dell'*uti frui* non nella dimensione della proprietà o del diritto di credito bensì nell'alveo della categoria degli *iura in re aliena*, è innegabile merito dell'autore di avere dimostrato compiutamente tale prospettiva, intuitiva ed immediata da un generale un punto di vista storico, altresì su di un più acribico versante dogmatico e testuale, contribuendo – è da sperare – ad un definitivo tramonto di prospettive ormai obsolete non solo in vista degli intrinseci ed insuperabili problemi cui danno luogo nella loro stessa logica interna, ma soprattutto in vista dei modelli interpretativi su cui si fondano, sia in relazione al quadro generale del diritto romano arcaico da esse presupposto, sia a maggior ragione per quanto riguarda le stesse metodologie ricostruttive cui sono inesorabilmente improntate.

«*Aliud pro alio*» ed altri «*qui pro quo*»

Il nuovo libro di Antonio Saccoccio* appare, nelle sue intenzioni e in certa parte altresì nei risultati raggiunti, una monografia che mirerebbe ad essere, se certo non definitiva, quantomeno generale ed

*) *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare* («Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Brescia»), Milano, Giuffrè, 2008, p. XII, 316. Per quanto riguarda i riferimenti bibliografici contenuti in questa nota o in ogni caso da essa implicati, sono qui sufficienti pochi contenuti richiamati: per la duplicità degli autori bizantini di nome Teodoro, si vedano N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae Iuris Graeco-Romani*

esautiva in ordine alla *datio in solutum*, un relativo punto fermo negli studi in materia nonostante i vari approfondimenti anche recentemente dedicati a tale figura dalla dottrina: ed in qualche modo riesce anche ad esserlo, quantomeno nel senso che in futuro chiunque si occuperà di tale istituto non potrà ovviamente, se non altro per ragioni di completezza bibliografica, fare a meno di prendere in considerazione, se non di partire, dagli esiti di tali indagini, che del resto nel loro complesso appaiono sufficientemente condivisibili, anche se a tale lavoro rimane purtuttavia imputabile una non breve serie di imprecisioni, difetti di impostazione, errori di metodo e di contenuti, soprattutto per quanto riguarda, per un verso, un certo abuso delle categorie dogmatiche moderne e, sull'altro lato, la dubbia ricostruzione delle scaturigini della *datio in solutum*, che impediscono al libro di raggiungere quel superiore nitore espositivo ma anche sostanziale cui forse avrebbe potuto aspirare in un maggiore impegno, prima nell'elaborazione e quindi nella revisione, da parte dell'autore: ma in ogni caso, se pur una certa fretta approssimativa appare senza dubbio fattore di fondo caratterizzante tutto il lavoro, è da ribadire – e non solo *pro forma* – che il livello della trattazione ed i risultati cui essa perviene si segnalano sempre, sia pur di misura, con relativa positività, specie per diligente serietà di metodo, nell'attuale non certo rassicurante panorama degli studi romanistici di tipo per così dire concorsuale.

Per quanto riguarda la sua struttura, eminentemente dogmatica, la prima parte del libro inizia con un breve capitolo sulla terminologia per poi indagare le origini storiche dell'istituto, e scandirsi quindi secondo gli aspetti qualificanti della *datio in solutum*, ossia i suoi requisiti e la sua struttura dogmatica, per occuparsi successivamente, nella seconda parte, delle fattispecie della figura testimoniate dalle fonti (*datio in solutum* di una *res pro pecunia*, di una *pecunia pro pecunia*, di una *pecunia pro re*, di una *res pro re*, e quindi delle ipotesi di *datio in solutum* di un pegno e di un credito nonché di un *facere*, dividendo a loro volta tali partizioni, quando la *datio* consista in una *res*, a seconda che essa abbia ad oggetto fondi, schiavi, pecore o altre cose fungibili come olio, vino o frumento e così via); nella terza parte, dedicata agli effetti dell'istituto, si esamina innanzitutto il problema della estinzione *ipso iure* ovvero *ope exceptionis* dell'obbligazione originaria, per poi concentrarsi sulla questione della evizione della *res in solutum data* e quindi sul connesso aspetto dell'assimilazione dottrinale – verosimilmente, secondo l'autore, di età intermedia – della figura in esame alla compravendita, e passare poi ad un capitolo dedicato ai casi di errore, dolo ed inidoneità dell'oggetto, e chiudere infine la monografia con una quarta parte dedicata alla *cd. datio in solutum necessaria*.

Tale articolarsi dell'opera, secondo reticoli dogmatici in verità un po' tetragoni, stempera in effetti in una opaca struttura si potrebbe dire schematicamente istituzionale ogni tentativo di una più viva ed efficace ricostruzione delle effettive vicende storiche della *datio in solutum*, abusando forse un po' troppo di classificazioni riordinanti del tutto moderne ed in ultima analisi estranee alle concrete prospettazioni casistiche delle giurisprudenze romana, ed in particolare riducendo a mera parte in-

Delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453, Groningen, 1985, p. 57 s. (cfr. altresì A. D'EMILIA, *Diritto bizantino. Parte generale. Le fonti di cognizione*, I, Roma, 1963, p. 14 e 62 s.); per le posizioni di Hans Steiner di cui si parla, si veda il suo libro sulla *Datio in solutum*, München, 1914, p. 135 ss.; il libro sul '*certum petere*' cui si allude e l'articolo di Antonio Saccoccio sui *trientabula* cui si fa riferimento sono rispettivamente «*Si certum petetur*». *Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustiniane*, Milano, 2002, e *Finanze e debito pubblico nel III secolo a.C.: i cd. trientabula*, in «*Index*», XXXII, 2004, p. 319 ss.; le tesi di Generoso Melillo circa il rapporto tra *datio in solutum* ed *exceptio pacti* sono esposte nel volume *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, specialmente p. 82 ss. e 144 ss. (sulla nozione di «adempimento inesatto», si veda *ivi*, soprattutto p. 39 ss.); quanto alla trattazione di diritto civile italiano di Carlo Augusto Cannata, si tratta di *Le obbligazioni in generale*, in «*Trattato di diritto privato*» (*dir. P. Rescigno*), IX («*Obbligazioni e contratti*»)², Torino, 1999, p. 80 ss. (nella prima edizione in mio possesso, del 1984, p. 72 ss.); sul tema dell'adempimento dopo la *litis contestatio* ed i problemi connessi mi limito a rinviare al mio scritto «*Omnia iudicia absolutoria esse*» [*Vivagni III*], in «*RDR*» III, 2003, p. 469 ss.; per alcune osservazioni su rapporti in età arcaica tra *pacisci*, *in solutum dare* e *transigere* si veda tra l'altro G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, p. 265 ss. (sulla nozione arcaica di '*pacere*', di recente si veda altresì, pur con la dovuta cautela, B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, specie p. 24 ss.); sugli aspetti processuali qui richiamati alla fine di questa nota, sembra sufficiente rinviare a G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I. *Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 399 ss.

produttiva l'indagine circa le origini dell'istituto e quindi, come si avrà occasione di vedere, la ricerca in ordine al suo reale conformarsi di fondo nelle linee evolutive da essa seguite nella diacronia della cosiddetta esperienza giuridica romana: ma soprattutto tale scansione espositiva determina nella maniera più evidente un andamento esegetico che subito tende a infastidire il lettore, dato che, esaminando in progressione aspetti terminologici, fattispecie ed oggetti della *datio in solutum*, suoi effetti e rapporti con la *emptio-venditio* e quindi i relativi problemi di invalidità ed inefficacia, è giocoforza che gli stessi passi giurisprudenziali vengano via via ognuno ripresi nel susseguirsi dei vari capitoli, in un esame che inevitabilmente risulta così frantumato e ripetitivo e tende a sbiadire gli sforzi interpretativi, già di per sé non sempre impeccabili, recati dall'autore (insopportabile, in effetti, la continua e defatigante reiterazione di locuzioni quali «come vedremo poi» o «su cui torneremo»), mentre ancora peggiori risultano immotivate ed apodittiche anticipazioni di quanto non ancora detto: si veda ad esempio p. 114 s.); e se tale frammentazione esegetica infastidisce perfino il lettore più affrettato, chi voglia leggere con più attenzione critica il libro di Antonio Saccoccio, nel tentare di tornare ai luoghi in cui il frammento è stato in precedenza esaminato o di controllare dove lo sarà nel seguito della trattazione, si trova perdipiù di fronte a rinvii non alla pagina e alla nota, bensì alla parte, al capitolo, al paragrafo e al sottoparagrafo (quest'ultimo a sua volta in alcuni casi suddiviso in ulteriori partizioni), secondo un sistema che, già di per sé laborioso e certo non troppo gentile nei confronti del lettore (oltre che in concreto non immune da errori), è addirittura pressoché vanificato, nella sua già non certo immediata farraginosità, dal fatto che le testatine del libro non recano affatto tali numerazioni, ma solo il titolo del libro e del capitolo, per cui diviene necessario ritornare ogni volta all'indice generale a controllare la pagina del paragrafo o del sottoparagrafo o ancora dell'ulteriore suddivisione in cui quest'ultimo sia ripartito: né in tutto ciò, purtroppo, aiuta definitivamente l'indice delle fonti, dove in effetti si riscontra agevolmente un certo numero di errori e preterizioni che rende dubbio o quantomeno non definitivamente sicuro tale controllo.

Se dunque tale sistema di rinvii nonché la compilazione dell'indice delle fonti denunciano già di per sé una certa affrettata velocità nel consegnare il volume alle stampe, questa prima impressione si trasforma presto nel lettore in un sospetto di sciatta premura e superficialità nell'esegesi testuale, dato che non è difficile riscontrare, anche ad una pur non troppo acribica lettura, errori interpretativi e svazioni ricostruttivi che – si deve pur atto all'autore almeno di questo – egli avrebbe facilmente emendato, stando alla relativa precisione dei suoi precedenti lavori, se solo avesse avuto il tempo e la voglia di essere solo un po' più diligente nella stesura e poi soprattutto nella revisione del libro.

Per dare una adeguata idea della sciatta distrazione con cui il lavoro è stato compiuto, è ad esempio notevole (p. 196) come D. 46.3.26 (Pomp. 35 ad Sab.: *'... sed si servus pigneratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inempta fieri possit'*), secondo cui, in particolare, la vendita di uno schiavo da parte del creditore pignoratizio non lo libera dalla responsabilità finché il suo debitore conservi la facoltà pagare il debito e quindi di *'redhibere'* lo schiavo, in una sorta di evizione, venga così tradotto (nt. 38): «Ma se sia stato venduto dal creditore il servo pignorato, il debitore non sarà liberato finché risulterà esperibile l'azione redibitoria, così come avviene per la vendita di qualsiasi cosa data in pegno, finché sussista la possibilità che tale cosa risulti non più sottoposta al contratto di compravendita»; traduzione ove, quantomeno, non si capisce assolutamente come si possa mai tradurre *'redhibeo'* con *'actio redhibitoria'*, mezzo processuale che qui com'è ovvio proprio non c'entra assolutamente nulla. In relazione a D. 28.8.6 (Gai 23 *ed prov.*: *'Igitur si quidem in hereditate sit vinum oleum frumentum ...'*), vino olio e frumento divengono (p. 99) non più parte, bensì «l'oggetto di cui si compone l'eredità». In D. 12.6.26.5 (Ulp. 26 *ad ed.*), la locuzione *'oleum dedit quasi maiorem modum debens'* (*'Idem Marcellus ait, si pecuniam debens oleum dedit plus pretii quasi plus debens, vel cum oleum deberet, oleum dedit quasi maiorem modum debens, superfluum olei esse repetendum, non totum et ob hoc peremptam esse obligationem'*) viene prima (p. 101 nt. 96) tradotta con esattezza nel senso che taluno, dovendo dell'olio, «ne abbia dato come se ne dovesse una quantità maggiore», ma poi si parla incongruamente (p. 112) di «una *datio in solutum* di *oleum pro oleo* di diverso

valore» (e a p. 258, invece, si parla in modo più salomonico ma sempre errato di un debitore che «che credesse di dovere una quantità superiore e dia dell'olio di qualità o di prezzo superiori»): così come, sempre in tale pagina, la frase '*Si minor viginti quinque annis praedium rusticum, cum aliud deberes, sine decreto in solutum dedisti ...*' di C.I. 5.71.15 (*Diocl. et Max.*, a. 293) – prima pur tradotta correttamente come «se tu, minore di venticinque anni, abbia dato in luogo dell'adempimento, senza il decreto <autorizzativo>, un fondo rustico, mentre dovevi altro ...» (p. 39 nt. 31) – diviene invece «la dazione in solutum di un fondo in luogo di un altro» (né qui interessano i successivi e poco perspicui tentativi dell'autore di dimostrare che la costituzione prendesse in effetti in considerazione una ipotesi di tale tipo, forzatura che del resto non è neppure molto rilevante anche agli stessi effetti delle sue tesi). E si potrebbe andare avanti.

Tra l'altro, è quantomeno da ricordare l'infortunio che capita all'autore, che, dopo aver richiamato Cato, *agr.* 146.2 (*'Oleam pendentem hac lege uenire oportet: olea pendens in fundo Venafro uenibit. [...] Dies argento: ex K. Nou. mensum X; oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus soluit. Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iuserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt; ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportauerit, domini esto ...'*), traduce correttamente, quando al termine di pagamento, «deve pagare quanto convenuto entro dieci mesi ... a partire dalle calende di novembre», ma chissà perché, dopo «dieci mesi», senza che tale precisazione serva nulla alle sue tesi, aggiunge tra parentesi: «corrispondenti alla durata dell'anno». Ora, che in origine l'anno romano fosse veramente di dieci mesi ed iniziasse a marzo, come lasciano intendere alcune fonti, è cosa discussa e negata da alcuni studiosi, ma in ogni caso, sempre secondo tali notizie forse leggendarie, sarebbe stato già Numa Pompilio ad aggiungere due mesi arrivando ad un totale di dodici: e Catone, mi risulta, è successivo anzichè al periodo monarchico.

Tale vogliata e disattenta negligenza si traduce altresì in non pochi svarioni nei generali riferimenti romanistici della trattazione: così, a p. 115, a proposito di uno schiavo dato a taluno affinché egli ne manometta un altro (D. 41.3.4.17, *Paul.* 54 *ad ed.*), si parla di un «*facere (ut des)*» anziché di un «*dare ut facias*»; nelle pagine finali, relative alla *datio in solutum* necessaria nelle novelle giustiniane – a parte definire la collezione detta «greca» o «marciana» come «Collezione delle 168 novelle», quasi quest'ultima costituisse una denominazione ufficiale (p. 273 ss. nt. 17 e 38) –, a proposito di *Nov.* 4.3.1 e del problema della limitazione o meno delle disposizioni sancite ai soli debiti monetari, non del tutto chiara nel testo, si afferma (p. 278 nt. 31): «Tale genericità nelle fonti post-giustiniane che riportano questa fattispecie appare peraltro ancora più accentuata: si vd., ad es., il cd. *Breviarium Novellarum ad h. l.* § 10, che, non è forse inutile ricordarlo, è opera di quel Teodoro Ermopolitano *antecessor*, ricordato anche in *Omnem*, nelle parole di saluto rivolte da Giustiniano alla Commissione compilatrice del Digesto»: purtroppo risulta invece trattarsi di due autori diversi ancorché omonimi, l'uno *antecessor* e l'altro avvocato o *scholasticus*, separati cronologicamente da circa mezzo secolo. Eccetera.

Ma la cosa brutta è che tali distrazioni nella lettura dei testi sovente divengono altresì *gaffes* ricostruttive se non senz'altro veri e propri errori esegetici. Iniziando da quelli di evidenza più immediata, in C.I. 4.51.4 (*Diocl. et Max.*, a. 294: '*Mancipia patris, qui fundum a Philippo conduxerat, successione tibi quaesita domino pro debitis in solutum mater tua dando nihil tibi auferre potuit. Et ideo si tu maior viginti quinque annis effectus ab ea negotium gestum non fecisti ratum, oblato debito, si non haec locator iure pignoris obligata sibi vendidit, petere poteris*') la fattispecie verte su una madre che, a nome del figlio minore, ha dato al creditore del marito, conduttore di un fondo, degli schiavi rientranti nell'eredità paterna, situazione in cui, risponde la cancelleria imperiale, la madre non risulta aver potuto trasferire la proprietà degli schiavi, per cui il figlio, se non ha ratificato il negozio da lei compiuto, potrà, pagando il debito, riavere gli schiavi: ma quello che interessa non è qui l'esegesi del passo, ed in particolare il problema se la madre abbia dato gli schiavi a titolo di pegno ovvero come *datio in solutum*, né l'analisi, in linea di massima corretta, compiuta dall'autore (p. 97 ss.), quanto piuttosto il fatto che la trattazione in questione – che pur parla com'è ovvio di *mancipia*, ossia di schiavi dati in pagamento al locatore del fondo, sia all'inizio che alla fine dell'esame del passo – verso la metà rechi una frase davvero stupefacente,

in cui invece oggetto della fattispecie non sono più degli schiavi, bensì il fondo stesso (p. 98: «In realtà, mi pare che l'imperatore implicitamente distingue tra una vendita effettuata, nell'esercizio dello *ius vendendi*, dal creditore che si fosse procurata la disponibilità del fondo con l'*actio pigneraticia in rem*: e una vendita effettuata dopo che al creditore il fondo era stato dato *in solutum* dalla madre del minore: tale vendita sarebbe revocabile dal minore stesso, ovviamente pagando il dovuto al creditore; in questo caso, però, è fatto comunque salvo il diritto del minore di ratificare il trasferimento di proprietà e con esso la *datio in solutum* posta in essere dalla madre»: dopo di che il discorso riprende parlando tranquillamente, come se nulla fosse accaduto, di *mancipia*). Si può comprendere che la frase in questione sia frutto di una successiva, molto distratta, revisione, ma certo sarebbe stata sufficiente una pur blanda rilettura per evitare al lettore tale stralunata parentesi di nonsenso, che soprattutto lo costringe a rileggere stranito almeno un paio di volte l'analisi del passo per comprendere finalmente l'assurdo errore in cui è incorso l'autore.

Non troppo diversamente, a proposito di D. 47.20.3.1 (Ulp. 8 *off. proc.*: '*Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. ubicumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aequè stellionatus reus erit. item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare*'), l'autore, che sta occupandosi dell'oggetto della *datio in solutum*, nota (p. 116): «Per quanto qui rileva, Ulpiano richiama una fattispecie di *datio in solutum*, senza però lasciare intendere quale fosse il debito al cui adempimento tale *datio* era asservita, né quale fosse la previsione celata dietro tale '*datio*'», senza affatto tenere più presente – lo stesso autore lo ha appena sottolineato – come nel passo si dia una definizione generale dello *stellionatus*, notando in particolare come se ne renda colpevole chi, dopo aver dato in pegno una cosa, ne faccia una vendita o una permuta o una *datio in solutum* a favore di altri; in una prospettiva dove quindi non avrebbe evidentemente senso pretendere che Ulpiano considerasse, specificandoli, a quale debito originario fosse relativa la *datio in solutum* e in che cosa materialmente consistesse la dazione, precisazione che anzi sarebbe del tutto contraria alla logica del passo, che evidentemente non si occupa di alcuna fattispecie concreta. Ancor peggio, a p. 125 s., si dà una curiosa interpretazione di C.I. 4.32.27.1 (*Iust.*, a. 529: '*Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant*'): «Afferma Giustiniano che non è consentito esigere interessi che superino l'ammontare del capitale, neanche qualora il debitore dia *in solutum* al creditore i pegni, occasione nella quale da alcune '*veteres leges*' era concesso la misura del *duplum*. La prassi di dare *in solutum* al creditore i pegni come adempimento conosceva quindi una certa diffusione al tempo di Giustiniano, e rimontava almeno a diversi secoli prima, stante il ricordato richiamo alla 'antiche leggi'; peccato che qui la locuzione '*si pignora quaedam pro debito creditori data sint*' alluda invece ad una semplice dazione di pegni a garanzia del debito, come risulta evidente dal fatto che, se vi fosse stata una *datio in solutum* della *res* prima oppignorata, il debito sarebbe estinto e dunque non si dovrebbero più corrispondere interessi, cosicché la *datio in solutum* non c'entra assolutamente con la costituzione in esame: ed evito ancora una volta ogni commento su simili inconcepibili errori di lettura.

Anche senza giungere a simili enormità, del resto, non sono rare le esegesi ed in generale le interpretazioni ricostruttive dell'autore tali da destare non poche perplessità. Così, ad esempio, egli scorge in D. 46.3.99 (Paul. 4 *resp.*: '*Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit*') nientemeno che una *datio in solutum* di *pecunia pro pecunia* (p. 104 s.), quantomeno se tale mutamento del tipo di moneta cagiona un danno al creditore ed egli può quindi rifiutarlo, aggiungendo perdipiù, incongruamente, in apparato (nt. 111): «Sulla norma per cui il debitore di una somma di denaro può pagare con qualunque sorta di moneta avente corso legale si esprimono, senza però limitare la limitazione di cui parla Paolo, anche Papiniano, in D. 46.3.94.1 (*Pap.*,

8 quaest.)) – passo che in realtà (*‘Sin autem communes nummos credam aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso quis esse intellegat sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem’*) non risulta aver molto a che vedere con tale questione – « Fiorentino, in D.45.1.65.1 (*Flor. 8 inst.*)», il cui testo reca anch’esso, non molto perspicuamente da tale punto di vista, *‘Sed et si in rei quae promittitur aut personae appellatione varietur, non obesse placet: nam stipulanti denarios eiusdem quantitatis aureos spondendo obligaberis: et servo stipulanti Lucio domino suo, si Titio, qui idem sit, datum te spondeas, obligaberis’*; in realtà, stando a D. 46.3.99, appare evidente che nel pagamento in moneta diversa da quella originariamente prevista non vi è bisogno, come nella *datio in solutum*, di un necessario assenso preventivo del creditore, come avviene nella *datio in solutum*, ma questi può in ogni caso rifiutare tale mutamento della valuta qualora gli rechi nocimento, dimostrando quindi, nel caso, tale circostanza: e si è dunque alquanto al di fuori del perimetro della *datio in solutum*. In realtà, tale costruzione, in cui il preventivo assenso del creditore a ricevere *aliud pro alio* tende ad essere del tutto svalutato, ed addirittura parificato all’ipotesi dell’eventuale rifiuto in quanto il mutamento gli cagiona un danno che si ha nel caso di diversità della moneta di pagamento, sembrerebbe connesso al fatto che l’autore, preoccupato di rifiutare la dimensione contrattuale della *datio in solutum*, conduce tale pur comprensibile posizione a livelli estremi ed ultronei, giungendo ad affermare (p. 35) che i requisiti della figura consistono nel fatto «1) che il debitore dia al creditore qualcosa o compia una prestazione come adempimento (*in solutum*); 2) che si tratti di una cosa o di una prestazione diversa da quella originariamente prevista *in obligatione* (cd. *aliud pro alio*); 3) che il creditore presti il suo consenso a ricevere con efficacia solutori la diversa prestazione eseguita dal debitore», implicando che in certo modo il consenso del creditore sia successivo alla prestazione dell’*aliud pro alio* ed assuma quindi più o meno il valore di una ratifica *ex post*: ed infatti, nel rifiutare, come si vedrà, il carattere di *pactum* difeso dalla relativa *exceptio* della *datio in solutum*, egli arriva a dire che (p. 251) «la *datio in solutum* non sembra compatibile con la categoria del contratto consensuale, perché essa consiste in un istituto che, da un lato, ha normalmente (almeno nella ipotesi più diffusa di *rem pro pecunia dare*) necessariamente alla sua base un atto di trasferimento della proprietà delle *res in solutum datae*» e che «del resto, la *datio in solutum* stessa, anche in ipotesi diverse dal *pecunia dare pro re*, come quelle di *facere pro pecunia*, prende le mosse comunque dall’esecuzione di una prestazione (*dare* o *facere*), a cui la volontà del creditore attribuisce lo stesso valore dell’adempimento». Tale costruzione, se per un verso appare vittima dell’eccessivo riferimento dell’autore alle categorie dogmatiche moderne (e qui, in particolare, alle discussioni della civilistica recente circa il presunto carattere reale della figura), tende d’altra parte a confondere la rilevanza che l’ordinamento può nel caso concedere alla *datio in solutum* solo a partire dal momento in cui la diversa prestazione è stata eseguita (e quindi accettata) con il diverso aspetto dell’innegabile accordo tra le parti che ne è alla base, e che, se può venire considerato irrilevante quando l’istituto è compiutamente disciplinato dall’ordinamento, rimane in ogni caso un aspetto imprescindibile della figura specie se si tenta di ricostruirne le origini e le prime vicissitudini in un diritto come quello romano, ossia in una prospettiva in primo luogo necessariamente storica: in effetti, risulta già forzato considerare come elemento successivo e da vedere, piuttosto che in positivo, in negativo, ossia come assenza di un eventuale rifiuto, il consenso del creditore, come se tra le parti non intervenisse alcun preventivo accordo circa la *datio in solutum* (si veda – p. 52 – il tenore in tal senso della frase ove, differenziando la figura delle obbligazioni alternative, si dice: «nella *datio in solutum* si ha una sola prestazione dedotta in obbligazione, ma il creditore, in sede di adempimento, acconsente a che essa venga estinta tramite la prestazione di un *aliud*, diverso da quello originariamente dovuto, che il debitore gli dà»), ma certo appare ancora più estremista ed in ultima analisi assurdo parificare tale figura all’uso di una moneta diversa da quella originariamente prevista, che ben diversamente il creditore deve in generale accettare a meno che sostenga – e dimostri – che tale mutamento gli cagiona un danno.

Se risulta anzi alla fine piuttosto curioso pensare ad un debitore che, dovendo dieci quintali di farro, carica con fatica sul carro sacchi per un’analogo valore di miglio o panico, ed aggiogati i buoi si reca sin dal creditore per sapere finalmente, in sede di adempimento per equivalente e non prima,

se quest'ultimo accetterà o meno tale mutamento delle sementi oggetto dell'obbligazione (sperando che quantomeno il creditore glielo dica prima che egli faccia anche la fatica di scaricarli, con il rischio, in caso contrario, di doverli ricaricare ancora una volta sul carro ...), è notevole come senza rendersi per nulla conto dell'assurdità di simili affermazioni l'autore vada persino molto più in là di queste posizioni già di per sé alquanto problematiche, e nella sua smania di negare la configurabilità di un qualsiasi accordo tra debitore e creditore in ordine alla *datio in solutum* arrivi addirittura a sostenere che il consenso di quest'ultimo interviene soltanto dopo che il primo ha proceduto alla dazione della cosa. Infatti, contestando la possibilità di ricondurre la *datio in solutum* al regime dei patti romani, sostenuta in particolare da Generoso Melillo, egli reca (p. 68): «si ragioni ... sul fatto che le volontà del debitore e del creditore non sembrano convergere per determinare un comune assetto negoziale: il debitore, infatti, deve volere estinguere il debito, il creditore, invece, deve voler accettare la prestazione del debitore come adempimento in luogo di quello originariamente dovutogli». Che il debitore volesse estinguere l'obbligazione attraverso una prestazione diversa ed il creditore accettare anch'egli tale diversa prestazione per estinguere l'obbligazione è circostanza troppo ovvia per risultare verosimile ed accettabile all'autore, che anzi richiama a suffragio della sua posizione Carlo Augusto Cannata, che tuttavia dice una cose alquanto diverse ed in realtà affatto contrarie alle tesi sostenute da Antonio Saccoccio, dato che, occupandosi di tale istituto nel diritto civile italiano (art. 1197 *cod. civ.*, relativo alla «prestazione in luogo di adempimento», che corrisponde alla *datio in solutum* romanistica), lo studioso si limita a dire che, nel diritto vigente, il consenso del creditore non ha valore contrattuale, dato che egli deve solo accettare la prestazione di *aliud pro aliud*, e non si incontra certo con la proposta del debitore dando vita – come vorrebbe parte della dottrina – ad un preteso contratto reale*; ed infatti Antonio Saccoccio, riprendendo quanto scritto da Carlo Augusto Cannata, scrive che «Nella *datio in solutum* un momento di accordo tra creditore e debitore, seppure indubbiamente esistente, non ha alcuna rilevanza giuridica ai fini dell'estinzione dell'obbligazione, perché l'istituto poggia su altre basi dogmatiche» (p. 68), cosa che come si è visto è senz'altro indubitabile nel diritto moderno (di cui si occupa in effetti Carlo Augusto Cannata), ma comunque, per quanto irrilevante agli effetti del diritto civile, tale accordo rimane sempre innegabile nella realtà pratica ed appunto «indubbiamente esistente», come egli stesso scrive; invece l'autore del libro in esame in realtà arriva a negare anche tale aspetto minimo, ed incongruamente, dopo averlo viceversa ammesso, egli subito prosegue dicendo: «Mi sembra, infatti, che la *datio in solutum* consti di due momenti tra loro ben distinti: il passaggio di proprietà della cosa dal debitore al creditore (o, eventualmente, l'esecuzione della diversa prestazione) e il giudizio di equivalenza tra la prestazione dovuta e quella sostitutiva, che non può riposare su altre basi che non siano il consenso del creditore. Il primo è un passo necessario per dar luogo al secondo, ma per esso non è necessario l'incontro delle volontà delle due parti». E per tal verso sembra ovvio come risulti privo di ogni più elementare logica consequenziale affermare prima che l'accordo, per quanto esistente, è comunque irrilevante, per poi subito dopo affermare che nella *datio in solutum* vi sia *prima* il passaggio della proprietà (l'autore, infatti, parla poi – p. 68 s. – appunto di tale aspetto) o in ogni caso l'esecuzione della prestazione, mentre soltanto *dopo* («il primo è un passo necessario per dar luogo al secondo») si avrebbe da parte del creditore il giudizio di equivalenza circa la prestazione originaria e quella sostitutiva e quindi, finalmente, la sua decisiva accettazione: nel diritto romano come nell'ordinamento civile italiano, infatti, se manca l'accettazione del creditore la consegna di cosa diversa da quanto dovuta non può essere sussunta nella prestazione di *aliud pro aliud* in senso tecnico, né può avere effetti liberatori

*) Sembra invece destare talune perplessità l'affermazione di Carlo Augusto Cannata secondo cui il consenso del creditore potrebbe essere prestato anche *successivamente* al momento della prestazione: in realtà, sembrerebbe, anche se la materiale consegna dell'*aliud pro alio* può avvenire prima di tale consenso, finché esso non intervenga si avrà sempre, semplicemente, una mera consegna di una cosa diversa di quella dovuta, che non libera il debitore, e che diventerà infatti «prestazione in luogo di adempimento», estinguendo così l'obbligazione, soltanto nel momento in cui il creditore accetti tale di per sé invalida consegna di cosa diversa appunto come prestazione sostitutiva di quella originariamente divisata.

per il debitore, ma rimane semplicemente una consegna erronea di cosa diversa da quanto dovuto che non può comunque assurgere ancora al rango di prestazione.

Dopo tali ben più gravi aspetti, sarebbe del tutto inutile segnalare le alquanto numerose sviste, per limitarsi a tale eufemismo, altresì esegetiche dell'autore.

Così, ad esempio, un passo di Paolo (7 ad Sab.) conservato in D. 23.3.25 ('*Si ei nuptura mulier, qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est: 'pro Sticho, quem mihi debes, decem tibi doti erunt', secundum id quod placuit rem pro re solvi posse et liberatio contingit et decem in dotem erunt, quia et permutatio dotium conventionione fieri potest*') è esaminato per varie pagine per dimostrare faticosamente quello che doveva essere chiaro sin dall'inizio, ossia che qui non vi è nessuna *datio in solutum*, ma semmai una ipotesi di novazione (p. 40 ss.), istituito, come si vedrà, un poco ostico per l'autore, che infatti, solo alla fine e dopo ben quasi quattro pagine di riferimenti dottrinali mal compresi e osservazioni ininferenti se non errate, arriva finalmente alla conclusione dubitativa (p. 44): «Al massimo, si potrebbe pensare che si abbia una ipotesi di novazione dell'obbligazione del marito di dare Stico, che viene sostituita dall'obbligazione di dare i dieci alla donna, se e quando si dovesse sciogliere il matrimonio per una causa che prevede tale restituzione. Ma anche in questo caso, la dazione dei dieci integrerebbe un caso di *solutio eius quod debetur*, e non già di *datio in solutum*». Meno male ...

La figura della novazione mette del resto in crisi l'autore (p. 44 ss.) anche nell'esame di un altro testo, sempre relativo alla restituzione della dote, ossia D. 46.3.45.pr. (Ulp. 1 resp.: '*Callippo respondit, quamvis stipulanti uxori vir sponderit dirempto matrimonio praedia, quae doti erant obligata, in solutum dare, tamen satis esse offerri dotis quantitatem*'): la risposta di Ulpiano è che il marito potrà sempre restituire la *dotis quantitas* invece che i *praedia* in quanto tale stipulazione (che l'autore ricostruisce nei termini di '*si dotis quantitatem non dederis, praedia, quae doti sunt obligata, in solutum dari spondes?*') non avrebbe un effetto novativo, tale da sostituire alla precedente obbligazione quella di *praedia dare*, come l'avrebbe, mi sembra, avuta una stipulazione formulata ad esempio in termini quali '*pro dote, praedia quae ea causa sunt obligata dari spondes?*'; ma in ogni caso è assurdo, come fa l'autore (p. 45), dire che «Il giurista risponde che tale promessa di *datio in solutum*, sebbene realizzata mediante *stipulatio*, non vincola in alcun modo il marito, perché essa non ha in alcun modo effetto novativo della precedente obbligazione: il marito, pertanto non è tenuto ad adempiere alla precedente obbligazione esclusivamente mediante la prestazione dell'*aliud* promesso, ma potrà in ogni momento offrire la prestazione del debito originario (la *quantitas dotis*) e liberarsi dell'obbligazione»: dove è viceversa chiaro che la *stipulatio* in questione, ben lungi da «non vincolare» il marito, ha invece l'effetto di creare una situazione in cui, se la moglie ha preventivamente accettato l'eventualità di tale sorta di *datio in solutum* e non potrebbe più rifiutarla, il marito a sua volta è tenuto a restituire la '*quantitas dotis*' originaria oppure a '*in solutum dare praedia*', e quindi la sua obbligazione, in origine semplice, è divenuta ora alternativa, né sembra si possa quindi certo dire – benché sia ovvio che il marito non è obbligato in via esclusiva a *praedia dare* – che la *stipulatio* «non vincola in alcun modo il marito», che – in virtù proprio della novazione negata invece dall'autore – è ora debitore di una obbligazione alternativa diversa dalla precedente cui era senza dubbio appunto «vincolato».

Né è il caso di soffermarsi più di tanto sugli arzigogolati solipsismi e sulle ipotesi complicate quanto inutili che riesce a ricevere dall'interpretazione dell'autore (p. 76 ss.) un passo come D. 13.5.1.5 (Ulp. 27 ad ed.: '*An potest aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum*'), che ha il solo torto di essere, in relazione alla *datio in solutum*, eccessivamente chiaro e di immediata comprensione e quindi di forse troppo facile esegesi: in effetti, di fronte alla trasparenza del dettato ulpiano, all'autore viene in mente (p. 80), seguendo Guido Astuti, che si tratti qui non di una *datio in solutum* (in effetti invocata da Ulpiano solo come termine di paragone: '*... cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet ...*') bensì di una novazione ('*... aliud pro debito constitui ...*'), ma subito tale soluzione – ossia il «sostituire alla *pecunia debita*, con l'atto del costituito, una prestazione diversa» – gli appare insoddisfacente e dunque da rifiutare, ma non perché, come si sostiene normalmente, l'obbligazione nascente dal *constitutum* non si sostituisce ma solo si aggiunge a

quella originaria (anche se in relazione a quest'ultima, in vista dell'essenzialità del termine nel *constitutum*, se si tenta di agire prima, l'azione verrà paralizzata dall'*exceptio doli* o *pacti*), bensì in quanto «un tale ragionamento ... sarebbe aberrante e non degno di un giurista classico, perché confonderebbe i due differenti profili alla luce dei quali vanno inquadrati i due diversi istituti, quello della costituzione di una obbligazione (seppure solo pretoria) e quello dell'estinzione della stessa, la *datio in solutum*»; e prosegue convinto in tale nonsenso: «Mi pare, però, che l'accostamento ulpiano tra *datio in solutum* e *constitutum*, che conduce il giurista a giustificare il *constitutum* di *aliud pro alio* proprio sulla base della possibilità di *aliud pro alio in solutum dare*, vada letto in tutt'altra logica. Infatti, il ragionamento del giurista può anche essere così ricostruito: poiché, com'è noto, il *constitutum* non nova la precedente obbligazione, nel caso in cui esso riguardi la prestazione di un *aliud*, il debitore può comunque liberarsi adempiendo alla prima obbligazione; in tale ottica, perciò, qualora egli invece adempisse l'*aliud* promesso con il *constitutum*, nel momento stesso dell'adempimento si concretizzerebbe una *datio in solutum* in rapporto all'originaria obbligazione. E' quindi proprio la possibilità di prestare *in solutum aliud pro alio* che spinge il giurista ad ammettere la possibilità di fare di un *aliud* l'oggetto del costituito, senza che ciò implichi la confusione tra i due diversi profili della nascita e dell'estinzione di un'obbligazione» (p. 80 s.), per cui a giudizio dell'autore è logicamente – si fa ovviamente per dire – da rifiutare altresì l'ipotesi che un simile accordo sia fonte di una obbligazione alternativa, lasciando sopravvivere accanto alla nuova l'obbligazione originaria (p. 81), e questo perché «in caso di obbligazione facoltativa il debitore può scegliere di adempiere con l'una o l'altra delle due prestazioni, ma il creditore può chiedere solo quella *in obligatione*» (prospettiva che desta già non poche ulteriori perplessità, dato che l'attribuzione della facoltà di scegliere al debitore è solo un elemento naturale del negozio, che può ben essere concessa invece al creditore dalle parti o, nel caso paradigmatico del legato, dal disponente), mentre «Nel costituito di *aliud*, invece, non solo il debitore, ma anche il creditore può scegliere l'*aliud* e pertanto è possibile che ad Ulpiano sia parso più consona richiamare la *datio in solutum*, in cui fino all'adempimento sia il debitore che il creditore hanno la facoltà (rispettivamente) di adempiere e di chiedere la prestazione originaria, o convergere su quella sostitutiva» (p. 82), concludendo quindi con tetragona logica: «Pertanto in sede di conclusioni su D.13,5,1,5, possiamo riconoscere il richiamo nel passo da parte di Ulpiano di una *datio in solutum*. In particolare, tale *datio in solutum*, nonostante il riferimento al '*res pro re solvere*' che si legge nella formulazione generalizzante del passo, presuppone certamente un debito pecuniario, di cui si ipotizza la scioglimento (o il *constitutum*) con una quantità di grano, come si evince dall'ultima frase (*si centum debens, frumentum ... constituat*). Sembra quindi trattarsi di un caso di dazione di *rem pro pecunia*, in cui non sappiamo» – o meglio non sa l'autore, dato che qui Ulpiano è invece del tutto esplicito – «quale fosse la *res* di cui si ipotizza la *datio in solutum*, anche se possiamo ragionevolmente supporre» (e ci voleva tanto!) che essa fosse il frumento, richiamato nell'esemplificazione finale» (e meno male che si ammette – «è poi appena il caso di ricordare» – come «il creditore che, dopo aver ricevuto l'*aliud* oggetto del *constitutum*, chiedesse l'adempimento sulla base dell'obbligazione originaria, verrebbe senza dubbio respinto», o più esattamente, viene da osservare, verrebbe respinta la sua pretesa). Ora è vero che nel passo in esame Ulpiano, nell'ammettere un *constitutum* di *frumentum* in relazione ad una precedente obbligazione avente un oggetto diverso ('*an potest aliud constitui quam quod debetur ...*'), sembrerebbe andare contro la regola – del resto forse non così definitivamente sicura, anche se qui, più di un *constitutum* vero e proprio, potrebbe al limite trattarsi semplicemente di una ipotesi novatoria, nel caso conclusa mediante *stipulatio*, simile ad esso nell'aggiungere un termine alla obbligazione originaria – secondo cui la formula dell'*actio de pecunia constituta* risulterebbe richiedere non solo l'accertamento del debito originario, ma altresì l'identità tra l'obbligazione originaria e quella prevista nel *constitutum*: tuttavia per superare tale supposta difficoltà rispetto ad una regola che d'altronde il frammento stesso risulterebbe può darsi smentire, non sembrava certo il caso di arrampicarsi in tali astrusi quanto inutili nonsensi, soprattutto in quanto nel passo in questione – sia che l'obbligazione avente ad oggetto il *frumentum* novi la precedente sia che, come appare in effetti più probabile secondo le regole generali, semplicemente si aggiunga ad essa – la *datio in solutum* viene in ogni caso ri-

chiamata soltanto come elemento argomentativo (se è lecito *rem pro re solvi*, nulla impedisce che si possa anche promettere *aliud pro debito*) e non certo come specifico oggetto della fattispecie trattata, dato che la dazione di *frumentum* in base a tale negozio in ogni caso sarà soltanto la prestazione specificamente prevista da tale obbligazione, e non certo una consegna di *aliud pro alio*.

E si potrebbe continuare a lungo. Mi limito, per finire tale disamina dei punti critici della monografia in esame, ad un'ultima notazione, che mostra *ad abundantiam* la colpevole e generalizzata distrazione con cui è redatto il libro, e che riguarda i passi in cui l'autore individua un «errore» del *solvens* nella dazione di *aliud pro alio*, che lo conduce a dare una cosa di maggior valore di quanto dovuto ed risulta quindi portare ad una successiva riduzione della prestazione ovvero, se ciò risulta impossibile, ad una sorta di sua «revoca» (come si esprime l'autore: p. 257). I passi richiamati a tale proposito sono il già ricordato D. 12.6.26.5, relativo alla maggiore quantità di olio che come si è visto si trasforma poi in olio di migliore qualità o di più alto prezzo, e il successivo D. 12.6.26.6 (Ulp. 26 ad ed.: *'Idem Marcellus adicit, si, cum fundi pars mihi deberetur, quasi totus deberetur aestimatione facta, solutio pecuniae solidi pretii fundi facta sit, repeti posse non totum pretium, sed partis indebitae pretium'*), nonché D. 12.6.26.4, che li precede (Ulp. 26 ad ed.: *'Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum manere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et conditio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur'*): in tutti i tre passi l'autore (p. 257 ss.) parla di un «errore» del *solvens*, anche se in realtà i tre testi non esplicitano tale circostanza, limitandosi a ricorrere all'avverbio *'quasi'* (*'quasi ducenta deberem'* nel fr. 4, *'quasi plus debens'* nel fr. 5 e *'quasi totus deberetur'* nel fr. 6); ora è vero che si è qui nella rubrica *'de conditione indebiti'* (D. 12.6), ove in effetti si presuppone in generale la mancata conoscenza del carattere indebito della prestazione sia da parte del debitore sia da parte del creditore, ma non si può escludere che in realtà i giuristi concedano qui la *conditio indebiti* sulla base di mere circostanze oggettive, evitando ogni indagine circa l'atteggiamento psicologico delle parti (cosa che tra l'altro spiegherebbe l'anodino ricorso al *'quasi'*): e se una simile circostanza sarebbe dovuta forse venire un poco approfondita, senza forzare la lettera delle fonti parlando di un «errore», problemi ancora maggiori ne crea D. 12.6.26.4, relativo alla *datio in solutum* di un fondo di valore doppio di quanto dovuto (*'si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi'*), dove in effetti quella dazione di duecento per cento evoca immediatamente la regola, diocleziana ma in realtà, sembrerebbe, giustiniana, della *laesio enormis*, in un sospetto che a lungo l'autore evita anche soltanto di sollevare (p. 51, 93, 192 s., 252, 259), anche se il complesso di tali decisioni dà luogo a facilmente intuibili problemi di coordinamento sistematico, specie in ordine all'ipotesi inversa di una sperequazione a danno del creditore, che qui non è il caso di approfondire ma di cui l'autore di una monografia in materia avrebbe pur dovuto accorgersi; ma il peggio viene quando finalmente egli si prospetta finalmente il problema di un eventuale rapporto di tali temi con la regola della *laesio ultra dimidium*, come sostenuto da Hans Steiner, ipotesi che viene rifiutata con una motivazione degna di essere riportata (p. 264 s.): «In dottrina lo Steiner ha sostenuto l'applicabilità alla *datio in solutum* delle norme sulla lesione *ultra dimidium*, ma a mio avviso facendo leva su un argomento metodologicamente e storicamente scorretto. Egli ha sostenuto, infatti, che l'introduzione della rescissione per lesione nelle compravendite sarebbe imputabile a Giustiniano il quale avrebbe interpolato la nota costituzione di Diocleziano che la introdusse» – e qui aggiunge in appartato (nt. 27: «si tratta di C.4,44,2, alla cui interpolazione giustiniana la dottrina») (che peraltro si riduce al richiamo del solo Riccardo Cardilli) «non crede più»: come se il fare risalire l'istituto a Diocleziano anziché a Giustiniano cambiasse le cose in relazione a un passo di Ulpiano – «e poiché sempre a Giustiniano risalirebbe l'interpolazione dei passi che equiparano la *datio in solutum* alla compravendita, allora le norme previste per la compravendita, per la proprietà transitiva, si dovrebbero intendere applicabili anche alla prestazione per equivalente». Ed ecco la perspicua motivazione del rifiuto di tale tesi: «A mio avviso, non ha senso porsi una simile domanda. Infatti, il giudizio di equivalenza è di pertinenza esclusiva del creditore, il quale è libero se accettare» (*sic*) «o

meno la prestazione sostitutiva, ma una volta accoltala, non ne può invocare la poca consistenza rispetto all'ammontare del credito», ribadendo anzi (nt. 28): «Senza contare il fatto che il creditore potrebbe consapevolmente decidere di accettare un bene di valore inferiore all'ammontare del credito». A questo punto, se l'autore crede che la regola della *laesio enormis* sia posta dall'ordinamento a favore del compratore, qui assimilabile al creditore, e non a tutela del venditore, ossia di chi cede l'immobile, come fa il debitore in D. 12.6.26.4 (a vantaggio del quale va in effetti la «revoc»), credo che al recensore convenga semplicemente tacere.

Nel complesso, penso quindi che – per ritornare ai discreti livelli in cui si era posto con la sua prima monografia relativa al '*certum petere*' o ad esempio con il suo lavoro del 1997 intitolato *Un provvedimento di Cesare del 49 a.C. in materia di debiti*, scritto pressoché da neolaureato, che avevano fatto sperare sulle sue doti romanistiche – convenga ad Antonio Saccoccio provvedere quanto prima ad una nuova edizione, emendata e corretta se non completamente rifatta, del suo lavoro sulla *datio in solutum*, che faccia per sempre dimenticare questa prima infelice versione.

Come talvolta accade, tuttavia, un libro, proprio perché mal finito e non scevro di inesattezze, può essere utile, nella sua inadeguata trattazione della materia, a metterne in luce in negativo aspetti importanti, di cui il lettore sufficientemente attento si rende meglio conto appunto grazie ai difetti e alle manchevolezze dell'opera, che per così dire amplificano la decisiva necessarietà dell'approfondimento di taluni elementi ricostruttivi da essa ignorati. Ed è quello che in effetti può avvenire leggendo, in particolare, la parte iniziale della monografia in questione, dedicata nel secondo capitolo alle origini della *datio in solutum*.

L'autore parte in effetti (p. 11 ss.) dal desiderio di riuscire a determinare «la possibile datazione dell'istituto» – non, si noti, la sua prima attestazione nelle fonti –, secondo una visione che, se pur diffusa nelle dottrina meno recente, di fronte ad una concreta percezione storica dei problemi in materia appare financo un po' peregrina, perché inevitabilmente legata ad una idea un po' hegeliana della statualità del diritto in cui dovrebbe essere l'ordinamento a porre a disposizione dei privati tale preteso nuovo istituto, con un provvedimento quindi più o meno databile, e non piuttosto la realtà della vita quotidiana ad individuare, si potrebbe dire sin dalla notte dei tempi, una soluzione di tale tipo, poi regolata e lentamente inserita sistematicamente nelle architetture generali del diritto da parte della giurisprudenza.

In ogni caso, una volta negato che possa rappresentare una testimonianza in tal senso il passo catoniano relativo alla compravendita di olio a termine, a proposito della quale si è già vista la curiosa determinazione dell'anno in dieci mesi da parte dell'autore (p. 13 ss.), e escluse altresì che in *lex Gall. Cisalp.* 42 ed in *tab. Her.* 14-19 il verbo '*satisfacere*' – in esse da intendere nel senso di «prestare adeguate garanzie» – possa essere visto nel senso di adempimento per equivalente (p. 16 ss.), l'autore giunge finalmente ad un evento storico cui aveva già dedicato un articolo alcuni anni or sono: si tratta di un episodio che risale alla fine del IV secolo, quando per finanziare la guerra contro Annibale viene aperta, nel 210, una sottoscrizione volontaria (Liv. 26.35.1-4: '*voluntaria conlatio*') di un prestito dei privati allo Stato, di cui nel 204 il Senato stabilisce una restituzione in tre rate (*'pensiones'*: Liv. 29.16.1-3) di scadenza biennale; ma, pagata la prima in quello stesso anno e, sembra, la seconda nel 202, non fu possibile onorare la terza rata (Liv. 31.13.1-4), cosicché si decretò che venissero assegnati ai creditori dei terreni nelle vicinanze di Roma al *vectigal* simbolico di un asse per iugero, disponendo che essi avrebbero potuto tenersi per sempre tali appezzamenti in luogo di quanto dovuto dallo Stato, ma altresì che, se avessero voluto e quando lo Stato avesse una sufficiente disponibilità di denaro, essi avrebbero invece potuto restituirli ottenendo così il pagamento del denaro originariamente previsto per la terza rata (Liv. 31.3.5-9: '*cum et privati aequum postularent nec tamen solvendo aere alieno res publica esset, quod medium inter aequum et utile erat decreverunt, ut, quoniam magna pars eorum agros volgo venales esse diceret et sibimet emptis opus esse, agri publici qui intra quinquagesimum lapidem esset copia iis fieret: consules agrum aestimaturos et in iugera asses vectigal testandi causa publicum agrum esse imposituros, ut si quis, cum solvere posset populus, pecuniam habere quam agrum mallet, restitueret agrum populo. laeti eam condicionem privati acceperunt; trientabulumque is ager, quia pro tertia parte pecuniae datus erat, appellatus*'). L'autore – che

nella parafrasi esplicativa del passo inserisce del tutto indebitamente, dopo aver parlato dell'assegnazione dei *trientabula*, un «in conseguenza di ciò, i debiti si sarebbero dovuti considerare estinti» (p. 22) di cui non risulterebbe esservi traccia in Livio – individua quindi nell'episodio una ipotesi – la prima – di *datio in solutum*, ancorché anomala rispetto alla fattispecie considerata «nei testi classici» (p. 24). Tuttavia, se si considera per un verso come ai privati non venga trasferita la proprietà civilistica bensì solo un diritto pubblicistico di tutt'altro genere, anche se il *vectigal* è minimo e solo simbolico (lo stesso autore, usando una locuzione che tuttavia non parrebbe comparire in Livio, parla – p. 22 – di «*ager trientabulis fruendus datus*»), sia soprattutto come la obbligazione originaria (la terza rata) venga d'altra parte sostituita con una duplice possibilità di soluzione a scelta del creditore, che potrà tenersi per sempre i *trientabula* ovvero restituirli in seguito per ottenere la somma originariamente prevista, sembra chiaro come qui non vi sia alcuna decisiva analogia con l'istituto della *datio in solutum*, ma semmai – per quanto possano valere da un punto di vista dogmatico tali paralleli tra i negozi di ambito pubblicistico e gli istituti del diritto privato – una ipotesi simile piuttosto alla figura della novazione, in una costruzione ove l'originaria obbligazione pecuniaria, immediatamente esigibile per la scadenza del termine, viene sostituita da una prestazione alternativa, ossia dalla assegnazione di un diritto di sfruttamento dei *trientabula* che potrà essere definitivo e quindi estinguere una volta per tutte quella originaria, ovvero essere soltanto provvisorio, e funzionare quindi solo come una sorta di temporanea compensazione del ritardo del pagamento, se invece il creditore preferirà, nel momento in cui lo Stato ne disporrà, ottenere la prevista somma in contanti restituendo la terra.

Se quindi l'episodio dei cd. *trientabula* risulta in linea di massima semmai rapportabile allo schema negoziale della novazione e non certo a quello della *datio in solutum*, più di questa ricostruzione difficilmente condivisibile dell'autore interessa qui soprattutto la sua prospettazione di fondo, e quindi la sua metodologia ricostruttiva nell'affrontare tali temi di origine, trattati come si è accennato secondo una visuale improntata ad una netta dimensione per così dire veteropositivistica dove sembra essere necessariamente che sia l'ordinamento, sia pur attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, a proporre ai privati simili soluzioni negoziali: ed infatti l'autore, dopo aver notato come il provvedimento in questione «si inserisce nell'ambito di quei rimedi a carattere congiunturale, a cui non di rado si ricorre nell'esperienza giuridica romana, per far fronte a situazioni di emergenza», atteso che appunto appare «certamente alquanto improbabile che già nel III secolo la scienza giuridica avesse non solo elaborato un modello dogmatico corrispondente alla *datio in solutum*, ma ne avesse addirittura p r o p o s t o l'applicazione in forme per così dire 'complicate' dall'intreccio con altri istituti o fattispecie» (p. 25: lo spaziato è com'è ovvio mio), persiste nel solco di tale sorta di impostazione «autoritativa» in cui l'elaborazione giurisprudenziale precede necessariamente il ricorso ad una determinata figura giuridica nella pratica negoziale, e sottolinea anzi come anche «per quanto riguarda l'emersione della *datio in solutum* all'interno delle fonti giuridiche romane, è bene chiarire come la nascita, ma anche l'acquisizione di una consistenza dogmatica da parte di questo istituto sono lenti, faticosi e fondamentalmente avvolti di mistero» (p. 26): per cui, se da Gaio si ricava che tale figura «era emersa come istituto avente in qualche modo una sua autonomia già verso la fine del I secolo a.C.» – in relazione al fatto che Gai., *inst.* 3.168 informa di una disputa tra proculiani e sabini in ordine alle modalità di estinzione, *ipso iure* o *ope exceptionis*, dell'obbligazione –, ecco che «il maturare della consistenza dogmatica della *datio in solutum*» si situa «in un periodo che va dalla fine della repubblica e il primo fiorire dell'età classica», ed anzi (p. 27) «la *datio in solutum* ancora al tempo di Gaio non aveva acquisito un saldo spessore dogmatico che le consentisse di essere posta esattamente sullo stesso piano della *solutio*, ai fini del suo inquadramento». D'altra parte, è da tenere presente come il rifiuto di ogni dimensione negoziale e pattizia della *datio in solutum* da parte dell'autore, di cui si è accennato, lo conduca inevitabilmente a ricercare solo nella elaborazione giurisprudenziale il fattore prioritario per lo sviluppo di tale figura, dato che gli è per tal via impossibile postulare invece uno spontaneo ricorso su basi consensualistiche alla estinzione dell'obbligazione attraverso la consegna di *aliud pro alio* che, nella realtà pratica, costituisca appunto quel *prius* convenzionale su cui poi intervenga quindi, nel suo *cavere* preventivo e nel caso altresì sul versante contenzioso, la succes-

siva disciplina giurisprudenziale.

In realtà, poggiando la *datio in solutum*, nelle sue scaturigini, semplicemente su di un accordo tra i due soggetti tra cui intercorre l'obbligo di una prestazione, ed in cui il debitore, non potendo o non volendo adempiere mediante la consegna di quanto previsto, propone al creditore una adeguata dazione di altro e quest'ultimo accetta (ovvero in cui è al limite il creditore, magari di fronte alle difficoltà del debitore di fare quanto stabilito, che propone una simile soluzione e l'altro la accetta), non sembra soverchiamente audace supporre che tale escogitazione possa essere considerata piuttosto risalente nella storia giuridica romana, ed anzi nei primordi dovesse trovare una ulteriore ragione nell'uso relativamente contenuto di mezzi monetari e quindi nel carattere per così dire «naturale» degli scambi economici: e se nelle XII Tavole è già relativamente diffuso il ricorso al credito – che forse non era solo, come pur si è in passato ritenuto, l'ultima risorsa per chi stava per soccombere nella lotta per la vita, ma altresì l'inevitabile conseguenza di transazioni legate in particolare alla stagionalità della produzione agricola e ai tempi necessari affinché quanto all'acquirente interessava procurarsi venisse appunto in essere – non sembra dunque impossibile che le scaturigini della dazione di *aliud pro alio* siano verosimilmente da considerare un fenomeno che diviene inevitabile quando si supera la dimensione immediatamente reale dello scambio e si diffonde il sistema dell'esecuzione differita del contratto, specie se si considera come la *datio in solutum* sia nella sua stessa essenza una soluzione che può convenire tanto al debitore quanto allo stesso creditore, che talvolta può ritenere conveniente, in seguito al mutare della situazione, chiedere al suo fornitore di dargli cosa diversa da quanto in origine divisato, anche compensandolo nel caso con una diminuzione della quantità della prestazione. Per tal verso, mentre in seguito, una volta che la figura della *datio in solutum* sarà un istituto previsto e compiutamente regolato dall'ordinamento, quest'ultimo potrà guardare semplicemente al solo meccanismo di estinzione dell'*obligatio* ottenuto per tal via, considerando quindi nel caso irrilevante l'accordo tra le parti che pur ne è alla base, sembra per converso chiaro che, quando tale forma di pagamento è ancora una mera escogitazione della prassi di cui l'ordinamento non ha ancora preso del tutto atto, essa non possa fondarsi su altro che sull'accordo tra le parti che appunto le dà vita ed in cui solo consiste: e per tal verso appare non poco fuorviante, in uno studio storico che guardi anche alle origini della figura, l'assoluto rifiuto del libro in esame di prendere in considerazione tali necessari ed inevitabili prodromi negoziali dell'istituto.

Se quindi la dazione di farro al posto di miglio o di fichi invece che olive dovette con ogni verosimiglianza essere soluzione antichissima negli scambi agricoli, e soluzioni analoghe si imposero in tutta probabilità altresì nelle primitive transazioni di ambito pastorale, non appare incongruo pensare che la originaria regolamentazione giuridica e quindi i primi interventi giurisprudenziali in materia siano da mettere in relazione con i successivi contrasti e le eventuali liti che per tal verso potevano nascere tra le parti a tale proposito, e quindi con l'esigenza di evitarne preventivamente il sorgere predisponendo acconci strumenti negoziali per arrivare alla *datio in solutum* senza che poi potessero verificarsi controversie, specie per quanto riguarda – sembrerebbe logico postulare – il valore di adempimento definitivo assunto per tal verso dalla figura nelle intenzioni delle parti, e quindi l'eventuale pretesa ingiustificata del creditore di ricevere, oltre a quanto avuto *in solutum*, la prestazione originariamente divisata (ed in effetti, nel libro da cui hanno preso spunto queste considerazioni, è da notare come risulti del tutto assente qualsiasi effettiva prospettazione altresì processuale dei problemi relativi alla *datio in solutum*, rendendo per tal verso alquanto monca e parziale, in moltissimi suoi aspetti, l'indagine da esso condotta).

In effetti, un elemento che appare per tal verso centrale in tale contesto – e del quale, nel libro qui in esame, la completa preterizione risuona tanto persistente quanto fastidioso al lettore – appare rappresentato dal problema del carattere per così dire solenne e formale della *solutio* arcaica, in cui com'è noto, se la semplice *numeratio* poteva estinguere le obbligazioni da mutuo, per quelle sorte attraverso il *gestum per aes et libram* occorre la corrispondente *solutio per aes et libram*, così come per quelle venute in essere mediante contratti verbali o letterali occorre l'*acceptilatio* verbale o letterale: una situazione in cui, ovviamente, la semplice dazione informale di *aliud pro alio* non poteva certo rag-

giungere l'effetto di estinguere l'obbligazione, neppure – sembra verosimile – nello stesso mutuo, dove, pur nell'informalità della *numeratio*, la tutela processuale faceva in ogni caso perno su di un *oportere* che presupponeva sempre l'obbligo di restituire il *tandundem eiusdem generis* di quanto ricevuto.

In un studio che volesse indagare le origini della *datio in solutum*, quindi, sembrerebbe inevitabile spingere la ricerca in tale direzione, guardando in primo luogo se la funzione di remissione del debito assunta in età classica da atti solenni quali la *solutio per aes et libram* o l'*acceptilatio* verbale possa fare altresì congetturare una più risalente funzione in cui – in maniera diretta ovvero in base ad un *escamotage* di ordine per così dire fittizio – attraverso il compimento tali atti potesse venire considerata estinta l'obbligazione soddisfatta attraverso la *datio in solutum*, tenendo in particolare presente ulteriori fattori quali la circostanza che la *solutio per aes et libram*, oltre che per i crediti sorgenti dalla *mancipatio*, servisse altresì più latamente per quelli sorgenti da legato *per damnationem* ed in genere, sembrerebbe, per i debiti sorgenti da *indicatio* o *damnatio*, o il fatto che l'*acceptilatio* verbale venisse poi usata anche in relazione alle obbligazioni in origine non contratte in tale forma, trasfondendo il contenuto della precedente obbligazione in una stipulazione novatoria (e si potrebbe aggiungere che, se della *acceptilatio* letterale non si sa pressoché nulla, il cd. *nomen transcripticium* risulterebbe avere avuto analoghe funzioni novatorie di cui non sembra potersi escludere a priori una eventuale utilità per estinguere obbligazioni poi soddisfatte attraverso la dazione di un oggetto diverso da quello originariamente previsto: ma l'argomento può ovviamente venire qui prospettato soltanto in una prima approssimazione di massima).

Per converso, sembra verosimile che, approfondendo l'utilità che una novazione, in particolare ottenuta mediante *stipulatio*, poteva assumere in riferimento alla *datio in solutum*, quest'ultima figura in tali suoi primordi non solo non sarebbe certo da ricercare nella sua forma compiuta, quale conosciuta grazie alle successive elaborazioni giurisprudenziali, ma dovrebbe venire altresì considerata non isolatamente, bensì guardando in generale all'insieme delle soluzioni negoziali attraverso cui le parti potevano intervenire, dopo la conclusione del contratto, in ordine alle modalità della sua esecuzione, prevedendo non solo dazioni di *aliud pro aliud*, ma altresì riduzioni di valori rapportabili all'istituto della transazione ovvero forme compensative nei rapporti creditorî esistenti tra le parti, o ancora forme di novazione riguardanti non solo l'oggetto della prestazione, ma la persona su cui grava l'adempimento o il termine di quest'ultimo. In effetti, se istituti come la *datio in solutum*, la *compensatio*, la *transactio* o la *novatio* sorgono solo in seguito come figure a se stanti nella storia del diritto romano, in una dimensione in cui gli effetti giuridici ad esse connessi si esplicano di per sé ed automaticamente appunto grazie al riconoscimento preventivo di tali istituti da parte dell'ordinamento, cionondimeno analoghi fini pratici potevano già in antico essere raggiunti, nell'empiria delle soluzioni concrete escogitate dai privati su consiglio dei *prudentes*, attraverso acconce formulazioni della *stipulatio*, in cui appunto si partiva dalle effettive necessità negoziali delle parti per tradurle in un negozio verbale idoneo a realizzarle, ed in cui quindi una eventuale *datio in solutum* poteva combinarsi senza problemi, ad esempio, con una dilazione del termine di adempimento o con una diminuzione di ordine transattivo del suo valore, nel caso intersecandosi altresì con una riduzione di esso magari conseguente alla compensazione con un credito eventualmente vantato dalla controparte.

In tale combinarsi di tali diversi scopi pratici in una stipulazione – in cui i fini che saranno in seguito propri dei singoli istituti classici, ed anzi tali da realizzarsi in tale riconoscimento da parte dell'ordinamento in maniera automatica, sono semplicemente resi possibili dalla concreta formulazione contingente del negozio solenne verbale (o, in eventuale ipotesi, dalla effettiva *conceptio* di quello letterale) – si ha quindi verosimilmente una sorta di anticipazione, ancorché confusa e provvisoria, delle figure classiche della *datio in solutum* come della transazione o della *compensatio*, oltre che delle varie esplicazioni della novazione: anticipazioni di fronte alle quali uno studio storico deve giocoforza affrontare complessivamente tali temi per poter pervenire a sceverare le origini di ognuno, in una conglobante visione generale che appunto sembra risultare ineludibile proprio in vista della dimensione negoziale unitaria cui nelle loro origini essi partecipano mercé la realizzazione dei loro fini attraverso la *stipulatio* che caso per caso traducesse le esigenze delle parti in una specifica formulazione

giuridica e dunque le attuasse in concreto (e dove d'altra parte – è bene sottolinearlo – non sono ancora presenti tutti gli aspetti che nella fase adulta concorreranno a tracciare il preciso perimetro dell'istituto, ma soltanto il nucleo centrale che lo caratterizza per così dire paradigmaticamente quale cosiddetto fine economico-sociale, per cui non ci si deve ad esempio stupire se si parla di una transazione circa una *res* per nulla *dubia* e senza reciproche concessioni, sconfinando in quella che oggi è la remissione parziale del debito, ovvero della compensazione di un credito né liquido né esigibile, o ancora di una *datio in solutum* semplicemente promessa da uno all'altro dei contraenti). Per tal verso, anzi, è noto come verosimilmente una decisiva fase intermedia, prima dell'elaborazione dei singoli istituti in quanto tali e del loro conseguente riconoscimento quali figure specificamente disciplinate da parte dell'ordinamento, sia stata rappresentata dalla introduzione pretoria dello strumento della *exceptio* e quindi dalla possibilità di tutelare così tali accordi – '*pacta conventa servabo*' – attraverso tale mezzo processuale, quand'anche, ormai, essi non avessero assunto la forma coercibile della *stipulatio* (né interessa qui, ovviamente, se si trattasse di un'applicazione specifica della *exceptio pacti* ovvero più genericamente della *exceptio doli*).

Ma se sotto tale aspetto una ricerca in tale direzione è resa non agevole dalla molteplicità dei fini contingenti in cui la *stipulatio* anticipa queste figure, un ulteriore fattore di complessità appare per tal verso costituito dal fatto che simili esigenze delle parti dovevano potersi presentare non solo in sede stragiudiziale, evitando preventivamente la possibilità di un inadempimento ovvero giungendo a limitarne le conseguenze una volta che si fosse già realizzato, ma probabilmente altresì in sede giudiziale, come accomodamenti che impedivano così di giungere alla condanna anche dopo che la causa su tali questioni era già stata instaurata.

In effetti, è noto come il principio '*omnia iudicia absolutoria esse*' (Gai., *inst.* 4.114) si affermi nella sua generalità solo in epoche relativamente recenti, grazie al prevalere di tale soluzione sabiniana sulla diversa impostazione proculiana, secondo cui, invece, qualora si trattasse di un *iudicium strictum in personam* (e quindi non di un *iudicium bonae fidei* o di un *actio*, sia *in rem* che *in personam*, in cui comparisse la cosiddetta clausola arbitraria), non sarebbe stato possibile un adempimento dopo la *litis contestatio* e, se esso si fosse egualmente verificato, avrebbe comunque concretato nient'altro che un'ipotesi di *indebiti solutio*, tale da non evitare in nessun modo la sentenza di condanna: con la conseguenza che, nel caso non si arrivasse senz'altro al pagamento del giudicato seguito da una *condictio* restitutiva del precedente indebito adempimento, al convenuto sarebbe al massimo stato consentito di opporre all'*actio indicata* intentata dall'attore vittorioso una *exceptio doli*.

Tuttavia, considerando in maniera più complessiva e soprattutto in una prospettiva di tipo innanzitutto concretamente storico questi aspetti, sembra che in effetti nel mondo romano specie più antico i rapporti negoziali assumessero altresì un fondamentale risvolto che si può ben definire sociale, nel quale, quando cominciava a sorgere tra le parti una controversia, entravano in gioco fortissimi elementi di mediazione in cui i vari gruppi ed in primo luogo gli esponenti più autorevoli di essi – i cosiddetti patroni, che del resto sarebbero stati gli stessi che in una eventuale lite avrebbero dovuto fungere da garanti – tentavano in ogni modo di trovare una soluzione bonaria o comunque non contenziosa, e dove anzi il resistere alla pretesa attorea, rifiutando qualsiasi tentativo di compromesso ed arrivando così ad una condanna, era percepito come un comportamento in ultima analisi in qualche modo non consono ad una persona onesta e per bene; e tutto ciò anche in quanto, è da notare, così come era obbligo sociale del patrono l'essere garante processuale del protetto, allo stesso modo quest'ultimo doveva evitare di arrivare ad una *condemnatio* che la controparte avrebbe in linea di massima fatto valere contro il garante stesso, di regola alquanto più solvibile e per posizione sociale portato a chiudere senza ulteriori questioni la controversia: donde l'estrema probabilità che in concreto fosse molto difficile lasciare che la lite, una volta che non la si era potuta evitare preventivamente, arrivasse alla sua naturale soluzione, ossia alla sentenza, ed il conseguente affermarsi generalizzato del principio '*omnia iudicia absolutoria esse*'. E questo fa pensare che sia forse eccessivo ritenere, come si fa comunemente, che anche prima che prevalesse la soluzione sabiniana, un adempimento successivo alla *litis contestatio* si traducesse semplicemente in una *indebiti solutio*, con-

sentendo al massimo – quando tale strumento venne introdotto, ossia a partire dal processo formulare – di opporre all'*actio indicati* conseguente alla condanna una *exceptio doli*: se una simile soluzione formale poteva essere in ipotesi possibile nel caso di un convenuto tanto sprovveduto da adempiere spontaneamente all'obbligazione originaria senza preventivamente informarsi dell'irrelevanza processuale della sua prestazione e quindi della sua ininfluenza rispetto alla sentenza di condanna, di fatto è da ritenere verosimile che di regola un adempimento tardivo dovesse semmai essere il frutto di un preventivo accordo di ordine *lato sensu* transattivo tra le parti, per cui, se l'attore accettava una prestazione che, di regola, risultava in linea di massima più soddisfacente della condanna pecuniaria, a sua volta il convenuto avrebbe preteso che egli si impegnasse a rinunciare alla lite non compiendo gli ulteriori atti istruttori che avrebbero condotto alla sentenza, e che in ogni caso dichiarasse preventivamente di non avvalersi di quest'ultima: e in questo ambito di accordi negoziali tra le parti, in cui la *stipulatio* – nel caso, anche *poenae* – giungeva a realizzare abbastanza agevolmente simili regolamenti di interessi, risulta quindi possibile congetturare (ovviamente quale mera ipotesi di ricerca da verificare o quantomeno da approfondire) che potessero senza problemi intersecarsi e sommarsi soluzioni pattizie volte a realizzare contingentemente ed in concreto quei fini negoziali che, in epoche successive, la giurisprudenza individuerà ed elaborerà negli istituti, alquanto più regolamentati e tipicizzati nel loro perimetro, come si è visto appunto della *datio in solutum*, della *transactio*, della *compensatio* ed in genere della novazione.

In effetti, che almeno a partire da una certa epoca simili soluzioni ed accomodamenti di questo genere potessero venire realizzati anche in corso di causa, in particolare approfittando delle cesure e delle pause cui già la struttura del processo *per legis actiones* dava luogo, non sembra certo, quale ipotesi di ricerca, prospettiva impercorribile, ed anzi appare prospettiva in certo modo suggerita dal noto carattere arbitrario del processo romano, caratteristica che se non è più ritenuta, come voleva Moritz Wlassak, una sua specificità originaria, appare in ogni caso un suo aspetto fondamentale già *ab antiquo*, sia in relazione alle *legis actiones* dichiarative più moderne, sia soprattutto in vista del verosimile dividersi del processo tra fase *in iure* ed *apud iudicem* sin dall'ultima epoca monarchica: mentre d'altra parte la soluzione per cui, come si affermerà in seguito, '*omnia iudicia absolutoria esse*', appare per vari versi una conseguenza intrinseca dello stesso carattere pecuniario della condanna conosciuta all'*ordo iudiciorum*, in cui la *litis aestimatio* risulta in linea di massima una sorta di compensazione delle pretese attoree frustrate dall'inadempimento del convenuto, rispetto alla quali un adempimento in forma specifica, ancorché tardivo, appare comunque in generale non solo sempre preferibile, ma strutturale elemento di fondo su cui in ultima analisi l'ordinamento stesso si basa nel rinunciare una volta per tutte alla più naturale soluzione della condanna in forma specifica. E se lo spontaneo adempimento da parte del convenuto è possibile anche dopo la *litis contestatio* in quanto di norma più conveniente per l'attore, non sembra esservi ragione per escludere che quest'ultimo potesse in concreto preferire un adempimento «inesatto», – secondo un'espressione contestata da Antonio Saccoccio (p. 3 nt. 1), ma impiegata da Generoso Melillo, e che meglio di altre sembra poter compediare le varie ipotesi qui considerate – ma in ogni caso immediato, piuttosto che attendere una sentenza futura e in ogni caso in qualche modo sempre incerta, oltretutto da fare poi nel caso valere attraverso una ulteriore azione, e perdipiù talvolta difficile da realizzare se, in assenza di garanti, il debitore non risultava soverchiamente solvibile, ovvero qualora la solvibilità degli stessi garanti non fosse del tutto sicura: accettare, per chiudere più proficuamente la lite, la dazione di una prestazione diversa da quella originariamente prevista, ovvero la dazione di una quantità minore di quella inizialmente divisata, o concedere un termine dilatorio oppure un futuro adempimento diverso nell'oggetto o nella persona gravata, o ancora accettare di diminuire la prestazione in relazione a un controcredito magari non ancora del tutto maturato potevano essere soluzioni – sia singolarmente sia nel loro combinarsi – tali da consentire al creditore, sia pur rinunciando in parte a quanto dovutogli, di ottenere in ogni caso qualcosa subito o in ogni caso con maggior certezza: in maniera tale, soprattutto, da evitare i rischi che, come è sempre avvenuto, sono intrinseci all'attesa di fronte a un debitore che non dia troppo affidamento, secondo impostazioni *lato sensu* transattive in cui l'accomodamento del-

le liti che non si fossero preventivamente potute evitare era, come si è accennato, una caratteristica di fondo della società romana e dello strutturarsi dei rapporti intersoggettivi nei sistemi clientelari che le erano caratteristici, ove il gravitare dei litiganti intorno ai rispettivi patroni affidava in buona parte ai rapporti tra questi ultimi la gestione sostanziale della controversia (né appare per tal verso da dimenticare come l'addivenire ad un accomodamento bonario della lite fosse altresì uno specifico interesse immediato di questi ultimi, che fungendo da garanti sarebbero di norma stati i primi a subire le conseguenze della condanna pecuniaria).

Certamente, pur nella plausibilità di tali prospettive di ricerca, del resto qui sommariamente richiamate solo in una prima approssimazione, non sembrano da dimenticare, com'è ovvio, altresì i fattori che potrebbero risultare ostare ad una simile possibilità di accomodamento *lato sensu* transattivo della lite già instaurata attraverso un adempimento «inesatto», come in particolare – al di là del dato generale rappresentato dal fatto che lo *iussum indicandi* del magistrato, poneva in capo al giudice, salvo alcune eccezioni, un vero e proprio obbligo di emanare la sentenza – la circostanza che, ad esempio, nelle *actiones arbitrariae* il *iudex*, con la *pronuntiatio de iure* con cui, al termine dell'istruttoria e prima della sentenza di condanna, comunicava alle parti la propria decisione circa la lite, emanava altresì il cosiddetto *iussum de restituendo*, che doveva contenere precise indicazioni, quali in primo luogo le accessioni e i frutti da restituire insieme alla cosa controversa, circa i termini dell'adempimento che avrebbe evitato al contenuto la condanna: tuttavia, pur tenendo presenti tali difficoltà di ordine più che altro soprattutto formale, non sembra plausibile che, se l'avesse ritenuto conveniente, l'attore non potesse accontentarsi anche a questo punto di una prestazione minore e quindi di un adempimento «inesatto» (si pensi ad esempio allo iato riscontrabile, nella *legis actio per sacramentum in personam*, tra la decisione circa il giuramento giusto e, in caso di scelta di quello dell'attore, la *damni decisio* che in tal caso ne consegue): soluzioni più duttili che del resto sembra suggerire lo stesso carattere dispositivo attribuibile, in linea di massima, al processo privato romano nell'ambito dell'*ordo iudiciorum*, dove – si può qui notare provvisoriamente – sembrerebbe al limite ipotizzabile che del resto sarebbe stato forse sufficiente che le parti non si ripresentassero davanti al giudice dopo la *pronuntiatio de iure* appunto in quanto avevano trovato un soddisfacente accordo di tipo transattivo, affinché questi non potesse procedere all'emanazione della sentenza, mentre in ogni caso, a garantire il convenuto che dopo tale accomodamento l'attore non avrebbe comunque approfittato di una eventuale sentenza a lui favorevole, sarebbe bastata una *stipulatio*, nel caso *poenae*, in tal senso (soluzione che del resto risulterebbe in generale quella migliore, in quanto consente alle parti di concludere subito e più facilmente la stipulazione transattiva, con ovvio beneficio dell'attore e senza che peraltro il convenuto rischiasse, grazie alla promessa di tale penale per tale eventualità, che l'attore nonostante l'accordo concluso potesse in qualche modo conseguire e quindi far valere contro di lui una sentenza favorevole in ipotesi egualmente ottenuta).

Del resto, se il principio espresso dalla locuzione '*omnia iudicia absolutoria esse*' risulta in effetti essere stato da sempre un'esigenza intrinseca del processo romano dal punto di vista della sottesa impostazione socio-giuridica dei meccanismi di «composizione delle dispute» – come si è accennato intrinsecamente legata alla scelta di rinunciare ad ogni condanna in forma specifica per traslare ogni *damnatio* sul piano pecuniario, che si doveva quindi presentare essenzialmente più che altro quasi come una minaccia sanzionatoria del mancato adempimento spontaneo del convenuto –, sono molti gli aspetti per così dire dilatori della procedura che, sin dall'epoca delle *legis actiones*, appaiono implicitamente favorire la possibilità di un accordo di tipo per così dire privato se non stragiudiziale tra le parti, tale appunto da evitare finché è possibile la dirimente decisione autoritativa del giudice: prospettiva in cui anche la restrittiva posizione proculiana, legata ai *iudicia legitima* ed ai meccanismi formali degli effetti in primo luogo novativi della *litis contestatio* (Gai., *inst.* 3.180), non sembra che una – relativa – parentesi destinata da un punto di vista strutturale ad essere presto superata. Si pensi, oltre che alla già per tal verso ricordata antichità della bipartizione processuale tra fase *in iure* ed *apud iudicem*, alla *comperendinatio* ovvero all'imperniarsi della *postulatio* appunto sulla richiesta di un giudice o di un arbitro che segue alla enunciazione solenne del disaccordo tra le parti circa il credito

vantato dall'attore, o ancora al termine di trenta giorni previsto dalla *lex Pinaria* per la comparizione delle parti davanti al giudice nella *legis actio per conductionem*, ovvero soprattutto ai *triginta dies iusti* che precedono l'azione esecutiva o all'altrettale periodo minimo presupposto nella *manus iniectio* dalla esibizione del debitore ai tre mercati previsti dalla legge delle XII Tavole, oppure anche, più in generale, ai rinvii del processo resi possibili dai meccanismi cauzionali della *in ius vocatio* e del *vadimonium*: scansioni che nella sospensione processuale da esse implicata dovevano verosimilmente favorire anche l'incontro tra le parti o quantomeno tra i rispettivi patroni e garanti, e quindi la possibilità di un accomodamento *in extremis* della lite.

Certo, si tratta di spunti di ricerca ben lunghi dall'assumere un valore definitivo prima di un congruo approfondimento, e che per di più sono ben lontani dal dimostrare la possibilità di un accordo *lato sensu* transattivo, avente ad oggetto un inadempimento «inesatto», anche dopo la *litis contestatio*: ma dal non breve numero dei fattori cursoriamente richiamati in tal senso in queste considerazioni provvisorie non sembra in effetti eccessivo confidare che una ricerca in questa direzione potrebbe con ogni probabilità portare a risultati interessanti; e si può fin d'ora notare, sia pure provvisoriamente ed anzi si potrebbe dire in maniera pressoché estemporanea, come un non trascurabile indizio potrebbe per tal verso essere forse offerto, in relazione alla *datio in solutum*, dal fatto che il passaggio dalle antiche conseguenze della *manus iniectio* – ossia dalla possibilità, oltre che forse di mettere a morte il debitore insolvente, di venderlo *trans Tiberim* – alla *addictio* di questi al creditore che lo tiene presso di sé in una condizione di semiasservimento facendogli rimborsare quanto dovuto attraverso i suoi servizi, secondo una soluzione che nel caso sembrerebbe aver potuto essere formalizzata attraverso la conclusione di un *nexum*, parrebbe in ultima analisi costituire, per vari versi, sostanzialmente una sorta di ipotesi appunto di *datio in solutum*, in cui all'originario asservimento del debitore e al ricavato della sua vendita, ovvero alla somma che il creditore avrebbe potuto ottenere mediante il suo riscatto da parte di un terzo, si sostituisce appunto il valore del *facere* rappresentato dalle sue *operae*: ed in cui, può darsi, l'accordo tra le parti per la conclusione di un *nexum* potrebbe in certo modo rappresentare nelle sue origini un indizio del potere dispositivo che esse conservano pur nella fase contenziosa della lite ed anzi ancora anche quando è ormai esaurita la fase esecutiva: un elemento certo di rilevanza piuttosto indiretta circa il tema che qui interessa, ma che forse, adeguatamente approfondito, potrebbe assumere una magari non trascurabile importanza.

In ogni caso, al di là di tali prospettive certo un po' audaci, il ricorso a ipotesi in cui fini transattivi, compensativi e novatori si intersecano e si sommano a quelli per così dire sostitutivi propri della *datio in solutum*, sfociando in accordi tra le parti volti a evitare una soluzione contenziosa o che comunque anche dopo l'instaurazione del processo mirino ad evitare di giungere alla condanna, non sembra affatto fenomeno alieno al contesto socio-giuridico romano, e giustificherebbe per tal verso una più approfondita ricerca da parte di chi voglia indagare le origini di istituti quali la *datio in solutum*, la *compensatio*, la *transactio* o anche la novazione: tenendo in particolare presente come lo strumento della *stipulatio* era del tutto idoneo a realizzare tali fini sia in sede stragiudiziale sia dopo l'inizio della lite, in quanto perfettamente atto a contenere – e a rendere efficaci – quei fini compositivi delle controversie che, in età successiva, saranno appunto propri di tali specifici istituti.

Se la dimensione per così dire stipulatoria di tali convenzioni sembra quindi essere resa necessaria dal fatto che il negozio verbale appare in effetti, quantomeno come verosimile ipotesi di ricerca, l'unica via a disposizione dei privati nonché della giurisprudenza per realizzare in concreto tali fini, almeno sino a che la riforma dell'*ordo iudiciorum* non introdurrà lo strumento della *exceptio*, sembra quindi che in tale direzione possa dirigersi una più proficua indagine circa le origini di figure quali la *datio in solutum*, la *transactio*, la *compensatio* ed in genere la novazione: origini in cui esse – non è inutile ribadirlo – non vanno riconosciute con criteri formali, guardando cioè ai loro connotati dogmatici adulti, ma semplicemente quali abbozzi embrionali di tale successiva conformazione, da individuare semplicemente guardando al nucleo essenziale degli empirici e generici fini negoziali cui nella loro natura di fondo mireranno, in maniera più tecnica e soprattutto particolareggiatamente disciplinata altresì in una prospettiva sistematica, gli istituti conosciuti al diritto classico e poi alla tradizione romanistica; e te-

nendo d'altra parte soprattutto presente – mi sembra di potere aggiungere specie in riferimento al libro da cui queste note hanno preso le mosse – come nelle indagini romanistiche, e ancor più segnatamente in quelle relative alle cosiddette origini, non ha senso ed appare anzi esiziale alla ricerca ogni rinuncia a tenere strettamente connessi l'aspetto sostanziale e quello processuale di un argomento.

Sul venir meno delle Olimpiadi antiche ()*

L'individuazione delle cause della scomparsa delle Olimpiadi greche nel mondo tardoantico è tema che non ha interessato soltanto gli storici, ma da tempo coinvolge altresì i romanisti, anche se questi ultimi, in verità, appaiono più che altro proclivi a tentare di individuare un supposto specifico provvedimento autoritativo che avrebbe posto fine a tali celebrazioni religioso-sportive. La ragione di tale interesse – nonché il motivo di tale peculiare atteggiamento – risalgono a un passo dell'*Historiarum Compendium* di Giorgio Cedreno, cronografo bizantino dell'undicesimo secolo: dopo aver richiamato le vicende della fine del 388 d.C. a Callinico¹ – dove i monaci cristiani, forse su istigazione dello stesso vescovo, avevano distrutto non solo una chiesa valentiniana, ma altresì una sinagoga, e per quest'ultimo fatto erano stati puniti da Teodosio I che aveva altresì condannato il vescovo alla ricostruzione del tempio ebraico, con un provvedimento che tuttavia il vescovo Ambrogio aveva poi convinto l'imperatore a revocare – Giorgio Cedreno infatti aggiunge che in tali circostanze (ἐν τούτοις) cessò (ἀπέσβη, da ἀποσβέννυμι, ossia «cessare», «svanire», «estinguersi» o «scompare», ma altresì «essere distrutto») anche la solennità delle Olimpiadi (πανήγυρις τῶν Ὀλυμπιάδων, traducibile come «assemblea rituale per lo svolgimento dei giochi olimpici») ³, che aveva luogo ogni quattro anni e che era iniziata al tempo in cui Manasse regnava sui Giudei e si era serbata sino all'impero di Teodosio il Grande: concludendo tali notizie, un po' oscuramente, con la notazione secondo cui, da allora, «si iniziarono a contare le indizioni» – ossia i quindicenni⁴ – «prendendo come inizio il quindicesimo anno del principato di Augusto» e spiegando poi che 'indictio' (ἰνδικτιῶν) prenderebbe nome da ἰνακτιῶν ossia dalla sua vittoria presso Azio»⁵.

*) In queste pagine, quella che doveva essere soltanto una veloce recensione, pur con analisi relativamente più approfondite in ordine ad alcuni punti, è per così dire sfuggita di mano, e nell'allungarsi del testo e nel moltiplicarsi delle note ha a tratti pressoché assunto quasi l'aspetto di un vero e proprio breve articolo (digressioni del resto necessarie, dato che se tali punti non erano indagati da monografie ed articoli pur specifici su tale tema, al recensore non restava che provvedervi lui stesso); tuttavia il taglio generale della trattazione e soprattutto i riferimenti bibliografici, perlopiù alquanto contenuti e talvolta nemmeno sempre aggiornati, conservano in ogni caso la sbrigativa sommarietà propria della recensione, dando probabilmente, nel complesso, una certa sgradevole impressione di squilibrio rispetto ai luoghi in cui si procede ad un approfondimento in certo modo maggiore: difetti di cui ci si scusa con l'eventuale lettore.

1) Episodio che peraltro il cronografo risulta riferire erroneamente ad un incendio della sinagoga di Costantinopoli: si veda in particolare A. DI MAURO TODINI, *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma, 1990, specie p. 86 s. e nt. 101. Sugli aspetti antebraici della politica di Teodosio I cfr. G. DE BONFILS, *Omnes ... ad implenda munia teneantur. Ebrei curie e prefetture fra IV e V secolo*, Bari, 1998, specialmente p. 87 ss.

2) Cfr. in breve, sv. ἀποσβέννυμι, L. ROCCI, *Vocabolario greco-italiano*²², Milano-Roma-Napoli-Citta di Castello, 1970, p. 232, e H.G. LIDDEL, R. SCOTT, *Greek-English Lexicon. With a Revised Supplement*⁹, Oxford, 1996, p. 216 (si veda tra l'altro, sv. σβέννυμι, P. CHANTRAINE, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque. Histoire des mots*, Paris, 1968, p. 991 s.).

3) Così A. BISCARDI, *Una costituzione poco nota di Teodosio I*, in «Atti dell'Accademia Costantiniana. IV», Rimini, 1981, p. 371.

4) Per le *indictiones* ed il termine 'inactio' cfr. *infra*, rispettivamente nt. 13 e 14.

5) Ἐν τούτοις ἢ τε τῶν Ὀλυμπιάδων ἀπέσβη πανήγυρις, ἣτις κατὰ τετραετῆ χρόνον ἐπετελεῖτο. ἤρξατο δὲ ἡ τοιαύτη πανήγυρις ὅτε Μανασσῆς τῶν Ἰουδαίων ἐβασίλευσε, καὶ ἐφυλάττετο ἕως τῆς ἀρχῆς αὐτοῦ τοῦ μεγάλου Θεοδοσίου. καὶ ἤρξαντο ἀριθμεῖσθαι αἱ ἰνδικτιοί, ἀρξάμενα ἀπὸ Αὐγούστου Καίσαρος ἐν ἔτει ιε' τῆς ἀρχῆς αὐτοῦ. καλεῖται δὲ ἰνδικτιῶν, τουτέστιν, ἡ περὶ τὸ Ἄκτιον νίκη. Ἄκτιον δὲ ἐστὶν ἀκρωτήριον Νικοπόλεως τῆς Ἠπείρου, ἔνθα μαχεσάμενος Αὐγουστος τὸν τε Ἀντώνιον καὶ Κλεοπάτραν ἐνίκησε, μόναρχος ἀναδειχθεὶς τῷ τότε χρόνῳ (cfr. «Patrologiae Cursus Completus. Series Graeca» [cur. J.-P. Migne], CXXI, Paris, 1864, rist. Turnhout, 1977, c. 621-624, e già [n.v.] «Corpus Scriptorum Historiae Byzantinae», cur. I. Bekker, I, Bonn, 1838, p. 573, ll. 1 ss.; su alcune varianti del testo, cfr. tra l'altro R. MAISANO, *Sulla tradizione manoscritta di Giorgio Cedreno*, in «Rivista di Studi Bizantini e Neellenici», XXIV-XXVI [n.s. XIV-XVII], 1977-1979, p.

Il passo, riportato già dal *Corpus Legum* di Gustav Haenel⁶, attrasse in particolare⁷ l'attenzione di Arnaldo Biscardi⁸, che trent'anni or sono ipotizzò che Teodosio I, su pressione del vescovo Ambrogio, avesse emanato una costituzione specificamente volta all'abolizione delle Olimpiadi, da collocare intorno al Natale del 393 a.C.⁹, secondo una tesi che pochi anni dopo venne ripresa e corroborata con nuovi argomenti da Aldo Dell'Oro, per il quale il perdurare dei giochi antiocheni sino a Giustino I ed al 521 d.C. dimostrerebbe come le Olimpiadi non sarebbero state travolte da un provvedimento generale – quale in particolare C.Th. 16.10.12 del 392, che condanna definitivamente sacrifici e riti pagani –, ma a causa di uno specifico atto legislativo, secondo quanto, in tale lettura, appunto affermato da Giorgio Cedreno¹⁰.

195): «Tum Olympiorum desuit festivitas, quarti quisque anni exitu solita celebrari, instituta eo tempore, quo Manasses Iuda rex fuit, et usque ad imperium Theodosii [Magni] perducta. Coeperuntque numerari indictiones, quorum principium in 15 annum imperii Augusti. Nomen habet indictio ab Actiaca victoria, et est Actium promontorium Nicopolis, urbis in Epiro sitae; quod eo tempore Augustus ibi devictis Antonio et Cleopatra solus rerum summam obtinuit»). Sullo scarso apprezzamento che l'opera di Cedreno ha sempre destato nel suo valore storiografico tra gli studiosi, a partire dal Rinascimento, per quanto riguarda l'originalità delle notizie da lui fornite, sempre di seconda mano, si veda L. TARTAGLIA, *Meccanismi di compilazione nella Cronaca di Giorgio Cedreno*, in «Bisanzio nell'età dei Macedoni: forme della produzione letteraria e artistica» (cur. F. Conca, G. Fiaccadori), Milano, 2007, p. 239 ss. Cfr. in generale R. MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno e la tradizione storiografica bizantina*, in «Rivista di Studi Bizantini e Slavi», III, 1983, p. 227 ss. e, sui relativi elementi innovativi pur presenti nell'opera di tale autore, p. 238.

⁶) «Corpus Legum ab Imperatoribus Romanis ante Iustiniano Latarum, quae extra Constitutionum Codicis supersunt», Leipzig, 1857, rist. Aalen, 1965, p. 233 n. 1146 (che riporta la stessa traduzione che compare in August Immanuel Bekker e quindi in Jacques-Paul Migne).

⁷) Si veda altresì M. AMELOTI, *La posizione degli atleti di fronte al diritto romano*, in «SDHI.», XXI, 1955, p. 156, che – senza riferirsi a fonti specifiche o a bibliografia particolare – afferma che «nel 393 d. Cr. vengono celebrate per l'ultima volta le feste olimpiche» (cfr., sempre in tal senso, tra l'altro V. GRUMEL, *La chronologie*, Paris, 1958, p. 212).

⁸) *Una costituzione poco nota di Teodosio I*, cit., p. 367 ss.

⁹) Datazione desunta in particolare dal contesto di Cedr., *hist. comp.* p. 571 ss. (Bekker), richiamando altresì Socr., *eccl. hist.* 5.25 (su quest'ultimo punto cfr., erroneamente, I. FARGNOLI, *Sulla «caduta senza rumore» delle Olimpiadi classiche*, in «RIDA.», 3^a s., L, 2003, p. 125 e nt. 21, secondo la quale tale riferimento non risulta perspicuo, dato che «in realtà lo storico ecclesiastico del V secolo, narrando i fatti che vanno dall'abdicazione di Diocleziano al 439 e destinando un libro a ogni imperatore, racconta della vittoria di Teodosio su Eugenio senza però mai accennare all'abolizione dei culti pagani»: ma non era certo in tal senso che Arnaldo Biscardi richiamava la *Ecclesiastica Historia* di Socrate, bensì, verosimilmente, in relazione al fatto che in 5.25 si data la vittoria su Eugenio nell'ottavo giorno dopo le idi di settembre, mentre in 5.26 si dice che Teodosio I morì prima delle calende di gennaio, in maniera tale da suggerire una collocazione del provvedimento ipotizzato dallo studioso appunto tra il novembre ed il dicembre del 393 d.C.); sul riferimento alla ricorrenza del Natale, cfr. altresì DI MAURO TODINI, *op. cit.*, p. 86 ss., e, su tale supposto insieme normativo, p. 90 s. L'espressione ἐν τούτοις (cfr. *infra*, nt. 23), d'altra parte, viene intesa da Arnaldo Biscardi (p. 371) come «con un'altra disposizione della stessa legge» in riferimento alla costituzione che avrebbe risolto la questione della distruzione della sinagoga, interdiciendo agli Ebrei di avere una sinagoga nella capitale, anche se più avanti (p. 371 s.) si preferisce pensare a un «blocco» o «pacchetto» di tre provvedimenti, tutti comunque volti a contrastare eresia, ebraismo e paganesimo ed a favorire dunque la religione cristiana. Tali illazioni, in ogni caso, sembrano difficilmente sostenibili se si considera il carattere per così dire spesso alluvionale degli *additamenta* (talora di origine altresì glossematica) con cui Giorgio Cedreno, così come sovente le sue stesse fonti, aggiungevano nuovi avvenimenti giustapponendoli a quelli già registrati, fenomeno cui del resto si aggiunge l'ovvio procedimento di trarre notizie da fonti diverse: si vedano TARTAGLIA, *Meccanismi di compilazione*, cit., p. 240 s., e, sulle fonti e la tecnica compilatoria di tale autore, MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit., p. 242 ss. (cfr., sul procedimento di «mimetizzazione» nell'impersonalità del genere letterario cui si rifanno, tipico dei cronografi, che tendono a rifiutare qualsiasi autonoma originalità per presentarsi come meri compilatori del materiale precedente, *ivi*, p. 247, e, sulla struttura dell'esposizione di Cedreno, che procede per «aggregazioni» di materiali e aneddoti intorno a nuclei ordinati cronologicamente, p. 237 s.).

¹⁰) A. DELL'ORO, *Giustiniano: manifestazioni sportive e tifosi*, in Atti dell'Accademia Costantiniana. VIII, Napoli, 1990, p. 623 s. L'argomento di Aldo Dell'Oro è contrastato da Iole Fagnoli, che postulando la fine delle Olimpiadi, come si vedrà, appunto in seguito a provvedimenti generali, tra i quali appunto C. Th. 16.10.12 (*Sulla «caduta senza rumore»*, cit., p. 145 s.), sostiene – anche se in maniera non definitivamente convincente – che in realtà i giochi antiocheni non avrebbero implicato, a differenza di quelli olimpici, alcuna valenza religiosa pagana né un obbligo di giuramento per gli atleti (*op. cit.*, p. 152 s.): in ogni caso, il problema non interessa qui soverchiamente, dato che la tesi ricostruttiva di Aldo Dell'Oro presuppone comunque che le Olimpiadi, senza un intervento legislativo e quindi statutale, di per sé sarebbero continuate senza problema, cosa che invece, come si vedrà, non è affatto tanto sicura, risultando anzi probabile una loro implosione per fattori interni o anche, nel caso, per una proibizione a celebrarle

Recentemente, tali temi erano stati ripresi da una giovane studiosa milanese, Iole Fargnoli, che mutuando il titolo dal saggio di Arnaldo Momigliano sulla «caduta senza rumore» dell'impero di Occidente¹¹, proponeva una spiegazione meno «istantanea» della fine delle Olimpiadi¹², anche se in sostanza comunque sempre «legislativa»: criticata infatti la congettura di Arnaldo Biscardi e valutato in maniera alquanto più prudente il valore della testimonianza di Giorgio Cedreno, sia in relazione al riferimento alle *indictiones*¹³ sia per quanto riguarda il nesso posto tra queste ultime e la battaglia di

magari di natura locale e amministrativa che ne compromettesse definitivamente il perdurare. In ogni caso, su come la soppressione dei giochi di Antiochia da parte di Giustino non costituisca «nulla di rivoluzionario» nel naturale tramontare dell'interesse per l'agonalità atletica, «troppo legata alla concezione classica delle vite per poterle sopravvivere», si veda in particolare AMELOTI, *La posizione degli atleti*, cit., p. 156.

¹¹ *La caduta senza rumore di un impero nel 476 a.C.* (1973), in A. MOMIGLIANO, *Storia e storiografia antica*, Bologna, 1987, p. 359 ss. (cfr. *infra*, nt. 40).

¹² FARGNOLI, *Sulla «caduta senza rumore» delle Olimpiadi classiche*, cit., p. 119 ss.

¹³ In particolare, secondo BISCARDI, *op. cit.* p. 371 e 372 s., e FARGNOLI, *op. cit.*, p. 124 s., rimane oscuro il riferimento di Giorgio Cedreno alla pretesa *indictio* augustea, della quale non risulterebbe esistere altro riscontro nelle fonti: in effetti le *indictiones* – che traggono la loro denominazione dalle richieste di tributi dell'autorità e quindi dalle imposizioni di gravami in natura indette per un anno determinato, da cui derivò l'uso della datazione in base ad esse prima in Egitto e quindi in altre provincie (cfr., sv. '*Indictio*', O. SEEK, in A. PAULY, G. WISSOWA, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XVIII, Stuttgart, 1916, c. 1327 ss., e P. PESCANI, in «*NNDI*», VIII, Torino, 1968, p. 604 s., nonché R. DELORT, *Introduction aux sciences auxiliaires de l'histoire*, Paris, 1969, p. 108) – si diffusero solo molto più tardi come riferimento cronologico generale, ossia da Costantino (312 d.C.), quando il metodo di calcolare la datazione secondo tali periodi quindicinali divenne generale, anche se con modalità diverse a seconda delle zone e dei periodi (cfr. E.J. BICKERMAN, *Chronologie* [in A. GERCKE, E. NORDEN, *Einleitung in die Altertumswissenschaft*, II.5], Leipzig, 1963, trad. it. – *La cronologia del mondo antico* –, Firenze, 1962, p. 79 s., GRUMEL, *La chronologie*, cit., p. 192 ss., nonché S. MAZZARINO, *Il basso impero. Antico, tardoantico ed era costantiniana*, I, Bari, 1974, p. 258 ss.). Benché una ricerca in tal senso richiederebbe ben altri approfondimento e soprattutto competenze specifiche, appare in ogni caso interessante, per quanto poi subito rifiutata dallo stesso studioso, la notazione recata da Arnaldo Biscardi (*op. cit.*, p. 372 s.), secondo cui sembrerebbe aversi qui una ipotetica corrispondenza tra la *indictio* augustea e l'uso di calcolare gli anni *ab incarnatione*, che tuttavia, egli aggiunge, si diffuse solo più tardi in Oriente (cfr. in generale S. GUARRACINO, *Le età della storia. I concetti di Antico, Medioevale, Moderno e Contemporaneo*, Milano, 2001, p. 31 ss., e DELORT, *op. cit.*, p. 109); tuttavia non sembra potersi in maniera tanto immediata escludere definitivamente una simile ipotesi se, per un verso, si tiene presente come il secondo censimento – ma primo quale *princeps*, dopo quello del 28 a.C. – indetto da Augusto, da situarsi intorno all'8 a.C., com'è noto coincide più o meno con la presumibile data di nascita di Gesù Cristo (è infatti noto tale errore di Dionigi il Piccolo relativo alla individuazione dell'anno della Sua nascita), e d'altra parte si tiene presente come in età tardoantica, nelle sue origini quale metodo generale di calcolo del tempo, l'*indictio* indichi appunto il provvedimento dell'Imperatore con cui ogni anno si indiva a data fissa l'imposizione della *capitatio*, tassazione fondamentale relativa alla terra, secondo una stima tributaria – che prende il posto del censimento del principato – eseguita prima ogni cinque anni, poi ogni dieci ed infine appunto ogni quindici anni (cfr. altresì G. HUMBERT, sv. '*Indictio*', in Ch. DAREMBERG, E. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III.1, Paris, 1900, rist. Graz, 1969, p. 468): per tal verso, se quindi il nesso intrinseco tra l'*indictio*, quale provvedimento fiscale e quale tecnica per calcolare gli anni, ed il censimento augusteo, che coincide con la nascita di Gesù e quindi con il metodo di datare da tale evento la storia, appare sia pur ad una prima e quasi superficiale considerazione non inverosimile, è da ricordare altresì come, se è vero che solo a partire dal IX secolo si diffuse il sistema calendariale calcolato in *anni Domini* – e per l'uso di tale datazione in riferimento all'evo antico, secondo il sistema «avanti/dopo Cristo», si dovrà attendere il XVII secolo –, esso venne in ogni caso elaborato da Dionigi il Piccolo intorno all'anno 525 d.C. (cfr. GRUMEL, *La chronologie*, cit., p. 222 ss. e, su Cedreno, p. 223): e se in origine tale modo di calcolo servì innanzitutto per calcolare la data annuale della Pasqua (cfr. in breve DELORT, *op. cit.*, p. 112), è peraltro da considerare come nel VII e nell'VIII secolo i monaci risultano aver preso l'abitudine di annotare sulle tavole per il calcolo pasquale gli eventi relativi all'anno in corso, riferendoli così agli *anni Domini*, cosicché, nella *Historia Ecclesiastica Gentis Anglorum*, già Beda il Venerabile (che, avendo scritto anche il *De Temporibus* ed il *De Temporum ratione* sulle varie unità di misura del tempo, ha ben presente anche nella sua opera principale i problemi relativi alla cronologia ed ai rapporti tra i vari sistemi di calcolo: cfr. M. LAPIDGE, *Introduzione a BEDA, Storia degli Inglesi*, Milano, 2008-2010, I, p. LIX ss.), pur ricorrendo in generale al metodo ancora di base di calcolare gli anni *ab urbe condita* (cfr. DELORT, *op. cit.*, p. 109) non disgiunto dal sistema delle *indictiones* (cfr. GRUMEL, *op. cit.*, p. 203 s. e 212), usava nondimeno anche la datazione relativa agli *anni Domini*, indicando ad esempio l'arrivo degli Angli in Britannia nel 446 d.C. (1.15.1), o la sua conquista definitiva da parte dei Romani, sotto Claudio, nell'«anno 46 del Signore» corrispondente all'anno 798 *ab urbe condita* (1.3.1), giungendo anzi a collocare il primo sbarco di Cesare nell'isola nell'«anno 60 prima del Signore» (5.24.1: cfr. 1.2.1: '[Caesar] qui anno ab urbe condita sexagesimo nonagesimo tertio, ante vero incarnationis Dominicae tempus anno sexagesimo ...') e soprattutto ricapitolando tutti gli avvenimenti narrati nell'ultima sezione (5.24.1) seguendo il sistema «A.D.», secondo una soluzione che si imporrà poi definitivamente.

Azio¹⁴, ella dava invece decisiva importanza a due scoli ai *rethorica praecepta* di Luciano, secondo i

vamente in ambito carolingio (su tali argomenti cfr. tra l'altro ancora GUARRACCINO, *op. cit.*, p. 30 ss., e in breve G. ARNALDI, *Annali, cronache, storie*, in «Lo spazio letterario del Medioevo» [dir. G. Cavallo, C. Leonardi, E. Menestò], I.2, Roma, 1993, p. 471 s.); per altro verso, se i cronografi bizantini usano il diverso metodo di datazione che risale in particolare ad Eusebio di Cesarea (cfr. *infra*, nt. 26), è in ogni caso normale che essi pongano ovviamente continue corrispondenze con la datazione sacra (cfr. GRUMEL, *op. cit.*, p. 222), ponendo ad esempio la nascita di Gesù Cristo sotto il regno di Augusto e la sua crocefissione sotto quello di Tiberio (cfr. in breve C. MANGO, *Byzantium. The Empire of the New Rome*, London, 1980, trad. it. – *La civiltà bizantina* [cur. P. Cesaretti] –, Roma-Bari, 1991, p. 227): per tal verso, quindi, l'ipotesi di un eventuale riferimento di Giorgio Cedreno, attraverso l'*indictio* augustea, alla nascita di Gesù Cristo, per quanto ovviamente tutta da dimostrare, non appare così assurda come ritenuto da Arnaldo Biscardi e sulla sua scia da Iole Fargnoli (sull'attenzione del cronografo circa tale fondamentale evento, cfr. MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit., p. 231), ed impone molta cautela nella sua valutazione allo studioso non specialista di tali aspetti (sull'interesse di Cedreno ad esempio per le riforme del calendario di Giulio Cesare cfr. MAISANO, *op. ult. cit.*, p. 230). Del resto, Giorgio Cedreno, nel calcolare le *indictiones* da Augusto pur attribuendo l'introduzione di tale sistema al tempo di Teodosio I, segue una isolata impostazione che pur già si ritrova in Massimo il Confessore – *Computus Ecclesiasticus*, in «Patrologia Graeca» [cur. J.-P. Migne], XIX, Paris, 1857, rist. Turnhout, 1979, c. 1249 s. (1.33, 181 s.) –, che attribuisce *tout court* l'origine del sistema delle *indictiones* ad Augusto (si veda GRUMEL, *op. cit.*, p. 260), rinviando a non specificati storiografi precedenti, tra cui risulta in particolare da annoverare Esichio di Mileto (cfr. *infra*, nt. 14), e richiamando anch'egli la coincidenza tra tale *indictio* e la nascita di Gesù Cristo. Non sembra del tutto inutile riportare qui tale fonte:

Διὰ τί διαφόρω τῷ τῆς ἰνδικτιῶνος ἔτει τὸ τῆς γεννήσεως τοῦ Κυρίου κανονίζεται ἔτος· καὶ πῶς ἡ ἰνδικτιῶν, καὶ πῶθεν περιζέται.

Ἐφ' ἐκάστου δὲ τούτων τὴν ἐπιπένησιν, ἦν ἰνδικτιῶνα οἱ Ῥωμαῖοι προσαγορεύσι, διάφορον οὖσαν εὐρίσκομεν· ὡς διαφάνως ταύτης ψηφιομένης ἐκ τε τῶν ἀπὸ Ἀδάμ ἐτῶν καὶ τῶν ἀφ' οὗ γέγονεν αὐτή. Γέγονε δὲ κατὰ τοὺς ἱστοριογραφούντας ἀπὸ Αὐγούστου Καίσαρος, τῷ δευτέρῳ ἔτει τῆς βασιλείας αὐτοῦ. Τότε δὲ ἦν τῆς κοσμογενείας τὸ ,εὐξ'· ἄπερ, εἰς τὸν ἰε' λυόμενα, τὸ τέλος τῆς ἰνδικτιῶνος παρίστησιν, ἦγουν αὐτὸ ἰε' ἔτος· ἐν ᾧ ταύτης ἐκεῖνος κατὰ τὸ δόξαν θέμενος τὴν ἀρχὴν, πρῶτον τὸ τελευταῖον πεποίηκεν. Ὡς ἐντεῦθεν ἐν ἔτος προτρέχειν λοιπὸν τὴν ἀπὸ δευτέρου ἔτους τῆς βασιλείας Αὐγούστου ψηφιομένην ἰνδικτιῶνα, τῆς ἀπὸ κτίσεως κόσμου ψηφιομένης, κατὰ τὴν τῶν ἀπὸ Ἀδάμ ἐτῶν εἰς τὸν ἰε' γενομένην ἀνάλησιν. Ὅθεν κατὰ ταύτην μὲν τὴν ψῆφον ἔτος ἰνδικτιῶνος ἰα' ἦν, ἐν ᾧ γέγονεν ἡ κατὰ σάρκα τοῦ Σωτήρος γέννησις· κατ' ἐκείνην δὲ ἰβ', διὰ τὸ □ν προλαμβάνειν ἔτος. Οὗτω δὲ καὶ τὸ πανίτερον βάπτισμα ἰ' καὶ ἰα', καὶ τὸ σωτήριον πάθος ἰδ' καὶ ἰε'. Τῷ γὰρ μγ' τῆς βασιλείας Αὐγούστου τὴν καθ' ἡμᾶς ὡς ἀνθρωπος πεποίηται γέννησιν ὁ πρὸ τῶν αἰώνων ἐκ Πατρὸς γεννηθεὶς ὡς Θεός. Τὰ οὖν μβ' μεριζόμενα παρὰ τὸν ἰε', ἰβ' τῆς ἰνδικτιῶνος ἔτει γεγενῆσθαι, καθὼς ἔφην, παριστᾶ τοῦ Κυρίου τὴν γέννησιν· ὥσπερ οὖν καὶ ἐν ἰα' πάλιν τὰ ,εφα' μεριζόμενα εἰς τὸν αὐτὸν ἀριθμὸν. Ἔστι δὲ διὰ ἀμφοτέρων τῶν ψήφων καὶ τὸ νῦν ἐνιστάμενον τῆς ἰνδικτιῶνος ἔτος κατὰ τὸν ὅμοιον τρόπον εὑρεῖν· οἷον τοῖς μὲν ἀπὸ Ἀδάμ διὰ τὴν εἰρημένον αἰτίαν κατὰ πρόσθεσιν ἐνὸς ἔτους γενομένοις ,ζρλδ', καὶ εἰς τὸν ἰε' λυόμενοις· τοῖς δὲ ἀπὸ β' ἔτους τῆς βασιλείας Αὐγούστου μόνοις οὖσι τὸν ἀριθμὸν χοδ', καὶ εἰς τὸν αὐτὸν ἀριθμὸν μεριζομένοις· ἐξ ἑκατέρων γὰρ ἰδ' γινώσκειται τὸ νῦν ἐνιστάμενον. Τοῦτο δὲ καὶ ἐπ' ἄλλου παντὸς ποιεῖν προσήκει τοῖς τὸν ἐκάστου τῆς ἰνδικτιῶνος ἔτους διασκοπεῖν ἐθέλοντας ἀριθμὸν.

Cur diverso indictionis anno nativitatibus Dominicae notatur annus, et quomodo indictio, et unde patetur.

In his singulis diversa reperitur indictio (sic enim a Romani vocatur), tamquam non uno modo numeretur ab annis Adami, et ex quo primum instituta est. Orta est autem, ut historici prodiderunt, anno primo Augusti Caesaris, ejus imperii secundo, qui fuit annus mundi 5460. Hi per 15 divisi, ultimum indictionis annum, id est annum quintum decimum exhibent: in quo hujus initium ille statuens ultimum esse primum voluit. Ita fit ut uno anno praecurrat indictio, quae ab anno Augusti secundo numeratur, eam, quae ab orbis exordio ducitur, quando anni Adami per XV dividuntur. Proinde fuit indictio XI secundum calculum istum, anno quo secundum carnem Salvator est ortus: at ex illo calculo fuit XII, quoniam uno anteverit anno. Sic sacratissimus baptismus indictionem habet X et XI, et salutaris passio XIV et XV. Quippe anno Augusti XLIII nostri instar, ut homo, natus is est, qui ante saecula tamquam Deus ex Patre natus fuerat. Proinde si XLII per XV dividis, annus prodibit indictionis XII: quo, ut diximus, Christi natalis incidit, quemadmodum rursus 5601 per XV divisa dat XI. Potest autem utroque computandi modo praesens indictionis annus eadem ratione deprehendi. Ut si annos Adami propter eam causam, quam diximus, uno amplius numeratus 6154, per 15 dividas, aut si annos a secundo imperatoris Augusti 674 per eundem partiare numerum: utrobique praesentis anni conficies indictionem XIV. Eadem in annis reliquis methodus adhibenda, ut cujuslibet indictionis numerum obtineas.

¹⁴) Anche per quanto riguarda la parola ἰνδικτιῶν, da cui Giorgio Cedreno vorrebbe far derivare ἰνδικτιῶν in riferimento alla vittoria di Ottaviano presso Azio, termine che Arnaldo Biscardi (*op. cit.*, p. 371) definisce «cervello-tico» rapportandola ad una supposta parola latina 'inactio', peraltro inesistente (in tale lingua, a parte 'inactus' – da 'inigo' –, si riscontra infatti soltanto 'inactuosus', del resto piuttosto tardo, comparendo in Agostino, Mario Vittorino e Servio Grammatico: cfr. «Th.L.L.», VII.1, c. 808, ll. 38 ss., nonché A. DUFRESNE DU CANGE, «Glossarium Mediae et infimae Latinitatis», III, Paris, 1844, p. 783, e ID., «Appendix ad Glossarium mediae et infimae Latinitatis», in «Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis», rist. Graz, 1958, c. 114 s.), parrebbe purtuttavia da notare che essa non risulta registrato neppure per la lingua greca (cfr. H. STEPHANUS, «Thesaurus Graecae Linguae», rist.

quali le Olimpiadi sarebbero continuate sino al tempo di Teodosio II, che avrebbe ordinato di incendiare il tempio di Zeus ad Olimpia¹⁵: cercando di coordinare con tali testimonianze la notizia fornitaci da Callino – *vita Hypatii* 33.1 –, secondo cui l'asceta Ipazio si era battuto strenuamente per impedire che il *praefectus urbi* Leonzio restaurasse a Calcedonia la celebrazione dei giochi olimpici già aboliti «dagli antichi imperatori e da Costantino»¹⁶, Iole Fargnoli arrivava così ad una sorta di *media sententia*, secondo cui, nella generale decadenza dei giochi olimpici – che ella un po' riduttivamente collegava soprattutto all'ostilità cristiana verso i giochi circensi e gli spettacoli¹⁷ –, questi si sarebbero celebrati effettivamente solo sino al regno di Teodosio I (come in certo modo attesterebbero le pur rade testimonianze archeologiche e numismatiche in tal senso, che sembrerebbero fermarsi al pe-

Graz, 1954, VI, c. 605, nonché DU CANGE, «Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis», cit., c. 516 s.), anche se parrebbe in ogni caso da prendere in considerazione, quale ipotesi non impossibile, che tale termine, nel suo rifarsi premettendo un avverbio di luogo alla località di Ἄκτιον (ἄκτιος è in effetti il «lido» o il «litorale»), potrebbe rifarsi alla circostanza che Augusto, dopo tale vittoria, oltre a fondare Nicopoli, istituì quivi in onore di Apollo i giochi cosiddetti Ἄκτια, sostituendo tale denominazione a quella dei precedenti giochi locali (cfr. Suet., *Aug.* 18.2), celebrazioni agonistiche che come altri giochi greci ed in particolare le Olimpiadi ebbero scadenza quadriennale (cfr. E. REISCH, 'Aktia', in PAULY, WISSOWA, «Real-Encyclopädie», cit., I, Stuttgart, 1893, c. 1213 s.): e se tali coincidenze potrebbero almeno in certa parte contribuire a spiegare il discorso di Giorgio Cedreno, è altresì da tenere presente come Virgilio (*Aen.* 3.280) fa celebrare ad Enea in tale località dei giochi che definisce 'iliaci' (tra l'altro, Azio già in precedenza tendeva a nobilitare le proprie origini rifacendosi al transito dell'eroe troiano), in un collegamento ad Augusto piuttosto adulatorio rimarcato dal commento di Servio (*ad Aen.* 3.274) e che in particolare proietta in un passato remoto l'origine di tali giochi così com'era per i giochi olimpici. Per tal verso, così come nel cronografo bizantino l'*indictio* parrebbe in certo modo rifarsi al censimento augusteo e quindi alla nascita di Gesù Cristo, analogamente il riferimento ad Azio potrebbe costituire un tentativo sia pur solo accennato di collegare Augusto – da cui si fanno partire le *indictiones* che sostituiscono nel computo del tempo le Olimpiadi – a questa stessa celebrazione rituale, alla cui risalenza sembrerebbero sovrapporsi gli *actia* quadriennali, istituiti da Augusto ma proiettati da Virgilio, tramite Enea, in un'epoca addirittura prossima alla guerra di Troia. La frase *καλεῖται δὲ ἰνδικτιῶν, τούτέστιν, ἢ περὶ τὸ Ἄκτιον νίκη* recata da Giorgio Cedreno risulta ricalcare Esichio di Mileto, autore di una perduta *Storia Universale*, citata dal *De Thematis* (2.8) di Costantino Porfirigeno (*ed.* A. Pertusi, Città del Vaticano, 1952, I, p. 92 s per il testo [55, ll. 12 ss.] e p. 176 s. per il commento: cfr. GRUMEL, *La chronologie*, p. 206 e nt. 2), la cui frase, così come riportata dall'autore bizantino, è nel complesso, anche per quanto riguarda il seguito, non lontana da quella che compare in Cedreno: ἰνδικτιῶν τούτέστιν ἰνακτιῶν ἢ περὶ τὸ Ἄκτιον νίκη· διὰ τοῦτο ἄρχεται μὲν ἰνδικτιῶν ἀπὸ πρώτης καὶ καταλήγει μὲχρι τῆς ιε'· καὶ πάλιν ὑποστρέφει καὶ ἄρχεται ἀπὸ πρώτης, διὰ τὸ τὸν Ἀντώνιον συνάροντα γενέσθαι Αὐγουστῶ τῷ Καίσαρι μὲχρι τοῦ ιε' χρόνου, μετὰ δὲ ταῦτα μόνος ἐκράτησεν Αὐγουστος (Hesych. Mil. (*hist. Rom et omni.*) fr. 2 – K. MÜLLER, «Fragmenta Historiolorum Graecorum», IV, Paris, 1885, p. 145 s. – [*Constantin. Porphyry. De Them. II*]: Καὶ νικήσας ὁ Καίσαρ τὸν Ἀντώνιον καὶ τὴν Κλεοπάτραν ἔκτισε πόλιν, καλέσας αὐτὴν Νικόπολιν διὰ τὸ ἐκεῖσε ἡττηθῆναι τὸν Ἀντώνιον. Ἀπὸ δὲ τοῦ ἀκρωτηρίου τοῦ καλουμένου Ἀκτίου καὶ τὰς καλουμένας ἰνδικτιῶνας ἐκάλεσεν. Οὕτω γὰρ γράφει Ἡσύχιος ὁ Ἰλλούστριος: «Ἰνδικτιῶν, τοῦτ' ἔστιν Ἰνακτιῶν, ἢ περὶ τὸ Ἄκτιον νίκη. Διὰ τοῦτο ἄρχεται μὲν ἰνδικτιῶν ἀπὸ πρώτης καὶ καταλήγει μὲχρι τῆς ιε', καὶ πάλιν ὑποστρέφει καὶ ἄρχεται ἀπὸ πρώτης, διὰ τὸ τὸν Ἀντώνιον συνάροντα γενέσθαι Αὐγουστῶ τῷ Καίσαρι μὲχρι τοῦ ιε' χρόνου· μετὰ δὲ ταῦτα μόνος ἐκράτησεν Αὐγουστος»).

¹⁵ «Scholia in Lucianum» (*ed.* H. Rabe), Stuttgart, 1971, *sch. in rhet. praec.* 9, p. 176, ll. 3 ss. (καὶ διήρκεσεν ἀρξάμενος ἀπὸ τῶν καθ' Ἑβραίουσ κριτῶν μὲχρι τοῦ μικροῦ Θεοδοσίου· ἐμπρησθέντος γὰρ τοῦ ἐν Ὀλυμπία ναοῦ ἐξέλιπε καὶ ἡ τῶν Ἡλείων πανήγυρις [41.9.9 ss.]) e p. 178, ll. 2 ss. (ἀρξάμενος δὲ ἀπὸ τῆς ἐποχῆς καθ' Ἑβραίουσ ἐπ' Ἰάειρον ἐνά· ἰ διήρκεσε μὲχρι τοῦ μικροῦ Θεοδοσίου, ὃς Ἀρκαδίου υἱὸς ἦν, τῶν χρόνων. τοῦ δὲ ναοῦ τοῦ Ὀλυμπίου Διὸς ἐμπρησθέντος ἐξέλιπε καὶ ἡ τῶν Ἡλείων πανήγυρις καὶ ὁ ἀγὼν ὁ Ὀλυμπικός [41.9.41 ss.]): cfr., anche se con talune discrepanze dal testo critico di Hugo Rabe da lei pur richiamato, FARGNOLI, *op. cit.*, p. 131.

¹⁶ CALLINICOS, *Vie d'Hypatios* (*cur.* G.J.M. Bartelink, Paris, 1971), 33.1 (p. 214): Ἄλλοτε πάλιν Λεόντιος ὁ ὑπαρχος ἐπεχείρησεν Ὀλύμπια ἀνανεῶσιν ἐν τῷ θεάτρῳ Χαλκηδόνας, ἅπερ οἱ ἀρχαῖοι βασιλεῖς καὶ ὁ τῆς αἰωνίας μνήμης ἄξιος Κωνσταντῖνος καθέϊλεν (cfr., con qualche imprecisione, FARGNOLI, *op. cit.*, p. 133 s.).

¹⁷ Cfr. FARGNOLI, *op. cit.*, in particolare p. 122 e 137 ss. Su come in realtà, per spiegare il trascolorare delle manifestazioni atletiche (cfr. tra l'altro *supra*, nt. 10), non risulti «argomento sufficiente ricorrere all'influenza del cristianesimo», anche in quanto «se è vero che l'atletica subisce attacchi da parte degli autori cristiani, è vero pure che tali attacchi raramente rivestono una particolare violenza e sono bilanciati da un frequentissimo uso di metafore sportive presso gli stessi autori, da S. Paolo a S. Giovanni Crisostomo» (cfr. altresì E. FRANCIOSI, *Gloriae et virtutis causa. Status sociale e giuridico degli atleti nel mondo romano*, in «Studi G. Nicosia», III, Milano, 2007, p. 447 e nt. 22), mentre d'altra parte, «ove si consideri il favore popolare che ancora in quest'epoca incontrano i giochi del circo e gli spettacoli teatrali, più duramente combattuti dalla letteratura cristiana, è da dubitare che il Cristianesimo avrebbe potuto eliminare gli agoni, se avessero continuato a suscitare il passato entusiasmo», si veda AMELOTTI, *op. cit.*, p. 155 s. e nt. 154, che richiama piuttosto «un fenomeno complesso di mutamento del costume», che porta «alla graduale silenziosa scomparsa degli agoni, rendendo inutile ogni regolamentazione» legislativa in materia.

nultimo decennio del IV secolo)¹⁸, in connessione ai noti provvedimenti antipagani di tale imperatore¹⁹ ma non a causa di uno specifico ed esplicito divieto legislativo²⁰, mentre la loro effettiva «abolizione» (come si esprime l'autrice) si sarebbe avuta soltanto con Teodosio II e l'incendio del tempio di Zeus ad Olimpia: sempre che – si aggiungeva – tali sedi non fossero già scomparse, travolte dall'applicazione in Occidente, dopo la sconfitta di Eugenio da parte di Teodosio I, dell'Editto di Costantinopoli dell'8 novembre del 392 (C.Th. 16.10.12) e «dalla furia distruttrice dei simboli pagani» da esso implicata²¹.

Su tale tema esce ora uno specifico studio monografico di Veruska Verratti, studiosa laureata – come si legge nella «quarta di copertina» – in Scienze della Formazione ed in Sociologia, che ha conseguito recentemente presso l'università di Teramo un dottorato in «Critica storica, giuridica ed economica dello sport» con una tesi di cui tale libro costituisce appunto una rielaborazione: e il cui titolo, parlando di una «pretesa abolizione» delle Olimpiadi antiche, appare in effetti di per sé promettere una prospettiva diversa rispetto ai precedenti studi in materia²².

Va preliminarmente notato, peraltro, che lo studio di Veruska Verratti, partendo dalla testimonianza di Giorgio Cedreno, incorre in uno sfortunato equivoco, che segna purtroppo un certo numero di pagine di tale lavoro: infatti, riportando una traduzione italiana del passo in esame – in cui tra l'altro la locuzione ἐν τούτοις, che come si è visto collega la scomparsa delle Olimpiadi alla distruzione della sinagoga di Callinico, non viene tradotta genericamente, quale mero nesso di sincronicità²³, come «in tali circostanze», bensì, in un rapporto implicitamente pressoché causale, con le parole «in tale occasione» – l'autrice si stupisce della notazione per cui le Olimpiadi sarebbero iniziate al tempo in cui Manasse era re dei Giudei²⁴ e rifiuta le piane spiegazioni di Arnaldo Biscardi e sulla sua falsariga di Iole Fagnoli – secondo i quali, semplicemente, il monaco bizantino non avrebbe fatto altro che inquadrare gli avvenimenti altresì greco-romani nella storia universale e quindi nello schema della cronologia ebraica²⁵ –, giudicando tale ipotesi «poco plausibile» sia in quanto «la tradizione ebraica è stata sempre notoriamente antisportiva», sia in quanto sarebbe improbabile che «tra la fine dell'XI e l'inizio del XII secolo», ossia «in un periodo storico in cui è grande l'amore per la Grecia antica», una cronaca universale facesse riferimento non alla storia greca bensì a quella e-

¹⁸) Cfr. FARGNOLI, *op. cit.*, p. 129 s.

¹⁹) Cfr. *ivi*, p. 140 ss.

²⁰) Sulla proclamazione, da parte di Abrogaste, di Eugenio quale imperatore nel 392 d.C., dopo la morte di Valentiniano II, si vedano in breve A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire, 284-602*, Oxford, 1964, trad. it. – *Il tardo impero romano. 284-602 d.C.* –, Milano, 1973-1981, I, p. 208, 218 s., 402 s. e 419 s., e recentemente H. LEPPIN, *Theodosius der Große*, Darmstadt, 2003, trad. it. – *Teodosio il Grande* –, Roma, 2008, p. 247 ss.

²¹) Si veda in tal senso FARGNOLI, *op. cit.*, p. 153 s.

²²) V. VERRATTI, *Le pretese abolizioni delle Olimpiadi antiche fra romanità, ebraismo e cristianesimo*, Livorno, Salomone Belforte & C. («Collana di studi ebraici»), 1985, p. 144 (con una *Prefazione* di Francesco Lucrezi).

²³) Cfr. STEPHANUS, «Thesaurus Graecae Linguae», cit., VI, sv. οἴτος, c. 2429 s. In effetti, in Giorgio Cedreno (573), la locuzione ἐν τούτοις (che come si è visto – nt. 4 – in August Immanuel Bekker e quindi in Jacques-Paul Migne è semplicemente tradotta con 'tum') appare in effetti rifarsi pianamente, in un mero rapporto di diacronia, agli inizi dei precedenti paragrafi (570 s.): Τῷ ἰε' καὶ ἰς' ἔτει αὐτοῦ Θεοδοσίου ... («Anno sui imperi 15 et 16 Theodosius ...»), Τῷ δὲ αὐτῷ ἔτει ... («Eo ipso anno ...»), Ἐν Μεδιολάνῳ ὑπάρχοντος τοῦ βασιλέως Θεοδοσίου ... («Dum Mediolani degit Theodosius ...»). In ogni caso, sul metodo compilatorio di Giorgio Cedreno e la giustapposizione di notizie provenienti da fonti diverse, cfr. *supra*, nt. 9.

²⁴) Su come in realtà il regno di Manasse non risulti coevo alla data convenzionale d'inizio delle Olimpiadi (776 a.C.), ma appaia in effetti collocarsi, secondo gli studi più recenti, tra il 687 circa ed il 642 a.C., si veda in breve VERRATTI, *op. cit.*, p. 99 ss e nt. 244.

²⁵) Cfr. BISCARDI, *op. cit.*, p. 273 («da sola giustificazione plausibile mi sembra, per uno storico della Chiesa come Cedreno, il sopravvento della storia sacra – e quindi non tanto del Nuovo, quanto altresì del Vecchio Testamento – sulla storia profana»), e FARGNOLI, *op. cit.*, p. 124, che un po' affrettata e semplicistica (cfr. *infra*, nt. 29) ricorda altresì come verosimilmente tale sopravvento della storia sacra sulla storia profana sia «del resto tipico nella letteratura cronografica a carattere monastico-popolare che vedeva nella successione storica dei quattro imperi, assiro-babilonese, persiano, greco e romano la preparazione del regno messianico» (si veda in tale prospettiva, alquanto sinteticamente, S. IMPELLIZZERI, *La letteratura bizantina. Da Costantino a Fozio*, Firenze-Milano, 1975, p. 281).

braica, «vista con presumibile avversione e sospetto»²⁶: per cui l'autrice, insistendo sugli aspetti antiebraici prima del contesto tardoantico e poi di quello bizantino, giunge a postulare che si tratti di «un 'escamotage' medioevale, di tipo letterario, dello stesso Cedreno», in cui «il riferimento al re empio Manasse (nell'Antico Testamento la figura del re incorpora il popolo e fa con esso tutt'uno)» non sarebbe affatto neutro, e dove «la ebraizzazione delle antichissime manifestazioni 'sportive' pagane consente di condannare insieme pagani e giudei»²⁷; prospettiva che porta l'autrice a dedicare i due capitoli finali del libro a tale preteso collegamento tra le Olimpiadi e la loro fine con l'ebraismo, così da richiamare quindi via via l'empietà verso Dio di Manasse, i rapporti dei cristiani con i Giudei dell'antico testamento e con l'ebraismo coevo nonché la diffamazione di quest'ultimo, la legislazione antiggiudaica del IV e V secolo, il contesto bizantino dell'XI secolo e la polemica antiggiudaica che fa da sfondo alla cronologia di Giorgio Cedreno, per concludere con l'ellenizzazione dell'ebraismo in età alessandrina e l'atteggiamento dei pagani dei primi secoli del principato verso gli ebrei ed il conseguente antiggiudaismo dei cristiani in età successiva, spiegando dunque in relazione a tale insieme di fattori il nesso posto dal cronografo tra l'inizio delle Olimpiadi greche ed il regno di Manasse e rintracciandovi in tale prospettiva una connotazione di segno fortemente negativo²⁸. In realtà, anche senza studiare in maniera più o meno approfondita gli schemi diacronici riordinanti sulla cui falsariga operano i cronografi antichi, che unificando la storia dell'umanità appunto in una «cronaca universale» devono giocoforza rapportare la storia greco-romana e quella ebraica in una diacronia unica, e quindi non possono che coordinarle in un sistema di datazione tendenzialmente unica²⁹, sarebbe stato sufficiente all'autrice scorrere anche nella maniera più veloce le notizie circa il

²⁶ VERRATTI, *op. cit.*, p. 18 s. Sulla polemica antiebraica in Giorgio Cedreno (ripresa in linea di massima da Giorgio Monaco, su cui cfr. in generale D.E. AFINOGENOV, *Some Observations on Genres of Byzantine Historiography*, in «Byzantion», LXII, 1992, p. 15 ss.) si vedano in ogni caso TARTAGLIA, *Meccanismi di compilazione*, cit., p. 246 e 249, N. IORGA, *Médaillons d'histoire littéraire byzantine*, I. *Les historiens*, in «Byzantion», II, 1925, p. 275 ss., e MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit., p. 231, 234 s. e 245 s. (cfr., in relazione all'articolo di Nicola Iorga, *ivi*, p. 228).

²⁷ Cfr. VERRATTI, *op. cit.*, p. 47.

²⁸ Cfr. *ivi*, p. 99 ss. e 121 ss.

²⁹ Com'è noto, infatti, già intorno al 303 d.C. Eusebio di Cesarea aveva redatto una *Cronaca* (Χρονικὸὶ κανόνες καὶ ἐπιτομὴ παντοδαπῆς ἱστορίας Ἑλλήνων τε καὶ Βαρβάρων) volta innanzitutto a rispondere ad una preoccupazione alquanto risalente nell'apologetica cristiana di fronte alle accuse di «novità» rivolte dai pagani alla nuova religione, ossia quella di dimostrare come la tradizione giudaico-cristiana potesse in realtà vantare rispetto a quella greco-romana un'origine più remota e quindi una maggiore autorità antiquaria: in tale prospettiva, superando i vari limiti dell'opera di Sesto Giulio Africano (*Chronographica*) che, anche se in una prospettiva essenzialmente millenaristica, già disponeva in parallelo la storia biblica e quella romana dalla creazione del mondo al 221 d.C. (cfr. in breve C. MORESCHINI, E. NOVELLI, *Storia delle letterature cristiana antica greca e latina*, I, Brescia, 1995, p. 443 s.), l'opera di Eusebio, in un contemperamento di storia sacra e di storia profana (cfr. B. SMALLEY, *Historians in the Middle Ages*, London, 1974, trad. it. – *Storici nel Medioevo* –, Napoli 1979, p. 55 s.), partendo da Abramo iniziava con una prima parte in cui, esponendone i principali avvenimenti della loro storia, si esponevano altresì i sistemi cronologici ed i principali avvenimenti relativi a Caldei, Assiri, Ebrei, Egizi, Greci e Romani (un precedente di questo tipo, risalente al V secolo a.C., sembra essere stata la cronologia unitaria di Ellanico di Lesbo: cfr. BICKERMAN, *La cronologia*, cit., p. 92), ed una seconda parte (χρονικὸὶ κανόνες) consistente in tabelle cronologiche (cfr. SMALLEY, *op. cit.*, p. 50 ss.) ove la storia sacra e quella profana erano collocate in due colonne distinte, mentre su di una terza colonna centrale erano posti i nomi dei vari sovrani e imperatori succedutisi presso tali popoli (cfr. MORESCHINI, NOVELLI, *op. cit.*, I, p. 589 s., e GUARRACCINO, *op. cit.*, p. 36 s.; sui dubbi relativi all'assoluta originalità di questo metodo cfr. ancora BICKERMAN, *op. cit.*, p. 92 s.): l'opera di Eusebio, che non ci è pervenuta se non in una traduzione armena del VI secolo (cfr. J. QUASTEN, *Patrology*, Utrecht, 1963-1967, tra. it. – *Patrologia* –, Torino, 1983, II, p. 315 s.), venne ripresa e tradotta, integrandola specie per la storia romana, da san Girolamo, che dal 325 d.C., cui essa arrivava, la completò sino al 378, lasciando così una cronologia universale che già a partire dal V secolo si impose come modello di riferimento divenendo famosissima nel Medio Evo (cfr. MORESCHINI, NOVELLI, *op. cit.*, II, Brescia, 1996, p. 442); questa impostazione cronografica si combinò poi, grazie a sant'Agostino, con la teoria delle sei epoche del mondo, secondo corrispondenze con i giorni della creazione e con le età dell'uomo (cfr. GUARRACCINO, *op. cit.*, p. 36 ss., e SMALLEY, *op. cit.*, p. 41 ss.), e quindi, in riferimento alle profezie di Daniele circa la successione degli imperi (cfr. tra l'altro F. LUCREZI, *Messianesimo regalità impero. Idee religiose e idea imperiale nel mondo romano*, Firenze, 1996, p. 1 ss.), con lo schema dei regni o imperi (cfr. SMALLEY, *op. cit.*, p. 40 ss.) e della *translatio imperii* da uno all'altro, modello del resto già presente nella storiografia ellenistica e poi romana come in particolare in Polibio e in Pompeo Trogo, e sviluppata in ambito cristiano, sulle orme di sant'Agostino, soprattutto dalle *Historiae adversus Paganos* di Orosio (cfr. SMALLEY, *op.*

momento del sorgere delle Olimpiadi nei cronografi antichi³⁰ per rendersi conto di come la sua decisiva premessa, secondo cui «che Cedreno calendarizzi la storia dell'umanità secondo la storia ebraica è improbabile»³¹, sia priva di fondamento: abbaglio che purtroppo rende per così dire fuori tema non poche delle pagine del libro, inficiando per tal verso anche la seconda parte del titolo di questo, ove il riferimento a «romanità, ebraismo e cristianesimo» risulta a questo punto, nel suo termine intermedio, ovviamente alquanto problematico.

cit., p. 56 ss.), in cui si combina altresì con lo schema, fondamentale nella scienza antica, della teoria tetradica, trovando corrispondenze in particolare nei continenti e nei punti cardinali (cfr. GUARRACCINO, *op. cit.*, p. 41 ss.), in una scansione unitaria e per vari versi provvidenzialistica della storia universale che si proietterà senza soluzione di continuità nel Medio Evo e nell'età moderna (cfr. GUARRACCINO, *op. cit.*, p. 54 ss.), ed in particolare sarà seguito dai cronografi bizantini a partire da Giovanni Malala e quindi dalla *Chronicon Paschale*, da Giovanni Sincello e dagli autori successivi, sopravvivendo per vari versi anche dopo la conquista turca di Costantinopoli (cfr. MANGO, *La civiltà bizantina*, cit. p. 222). In tale impostazione, qui sommariamente sintetizzata, sembra in ogni caso chiaro come la corrispondenza tra le prime Olimpiadi ed i re di Israele (cfr. *infra*, nt. 30) non sia affatto, nell'*Historiarum Compendium* di Giorgio Cedreno, un dato isolato che possa essere interpretato come un episodico collegamento negativo tra una manifestazione invisa al cristianesimo e l'empietà di Manasse, con un implicito fine polemico e denigratorio in cui la negatività di un aspetto si amplifichi attraverso la negatività dell'altro, come vorrebbe Veruska Verratti, ma si inserisca ben diversamente in una tecnica storiografica, in cui la diacronia universale è vista come un fenomeno unitario (cfr. in generale AFINOGENOV, *Some Observations*, cit., p. 13 ss.) e dove quindi è del tutto normale porre delle corrispondenze cronologiche tra la storia biblica e quella greco-romana (sui paralleli con la storia greco-romana recati dal cronografo già trattando della storia ebraica, cfr. MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit., p. 230). Cfr. in generale BICKERMAN, *La cronologia*, cit., p. 84 s., e DELORT, *Introduction*, cit., p. 103 ss.

³⁰ Così, ad esempio, limitandosi ad una cursoria scelta di esempi, in San Gerolamo (*Interpretatio Chronicae Eusebii*, in «Patrologiae Cursus Completus. Series Latina» [cur. J.-P. Migne], XXVII, Paris, 1846, rist. Turnhout, 1978, c. 351 s.), troviamo la prima Olimpiade situata sotto il regno di Joathan, ossia tre monarchi (cfr. c. 91) prima di Manasse («PRIMAM OLYMPIADEM. Africanus temporibus Joathn regis Haebraeorum fuisse scribit. Nostra quoque supputatio iisdem temporibus eam exhibuit. Scribit autem Africanus, ut verba eius ponam, ad hunc modum: Aeschylus Agamestoris filius apud Athenienses obtinuit principatum annis 28: qua aetate Joathn regnabat in Jerusalem. Porro nos in prima olympiade Joathan posuimus»: [Graeca fragmenta] ΠΡΩΤΗ ΟΛΥΜΠΙΑΣ. Τὴν α' ὀλυμπιάδα ὁ Ἀφρικανὸς κατὰ Ἰωαθάμ Ἑβραίων τοῦ Ἰούδα βασιλεία συνάγει. Καὶ ὁ ἡμέτερος δε κανὼν κατὰ τὸν αὐτὸν παρίστησι: Γράφει δὲ ὁ Ἀφρικανὸς ὡδε πρὸς λέξιν: Αἰσχυλὸς ὁ Ἀγομίστορος ἤρξε τῶν Ἀθηναίων ἔτη κγ' ἐφ' οὗ Ἰωαθάμ ἐβασίλευσεν ἐν Ἱερουσαλήμ. Καὶ ὁ ἡμέτερος κανὼν, λέγει, ἐπὶ τῆς πρώτης ὀλυμπιάδος τὸν Ἰωαθάμ βασιλεία Ἰουδα συνείλεφεν): mentre (c. 379 ss.) l'empio re Manasse («Manasses impius Esaiam interfecit, statuamque suam posuit quinque facies habentem ...») viene considerato contemporaneo del re romano Numa («Numa Pompilius duos menses anno addidit ...») nonché alla fondazione di Nicomedia in Lidia («Lydorum Nicomedia condita, quae prius Astacus vocabatur ...»). Il *Chronicon Paschale*, che segue una struttura temporale scandita secondo le Olimpiadi – indipendentemente dall'effettivo svolgersi di esse ma come semplice scansione quadriennale del tempo, secondo un sistema diffuso (cfr. GRUMEL, *La chronologie*, cit., p. 212, DELORT, *Introduction*, cit., p. 107 s., e BICKERMAN, *La cronologia*, cit., 76 s.) – ed arriva quindi alla CCCLII Olimpiade, da situarsi nel 628 d.C. («Patrologiae Cursus Completus. Series Graeca» [cur. J.-P. Migne], XCII, Paris, 1865, rist. Turnhout, s.d., c. 1017), seguendo Eusebio di Cesarea e san Gerolamo pone parimenti la prima celebrazione di tali giochi sotto Joathan (p. 104 s., c. 277 ss.), collocando la nascita di Romolo e Remo al tempo della seconda (p. 105, c. 281) e la fondazione di Roma al tempo della undicesima (p. 109, c. 289), mentre il regno di Manasse è anch'esso ricollegato all'undicesima Olimpiade (p. 118, c. 305). Giorgio Monaco, nel *Chronicon Breve*, pone invece la prima Olimpiade come contemporanea al regno di Joas, anche qui tre monarchi prima di Joathan, e per tal via alla legislazione di Licurgo a Sparta: («Βασιλεία Ἰωᾶ») ... Ἐφ' οὗ καὶ Σίβυλλα ἡ Κυμαία ἐγνωρίζετο, καὶ Λακοῦργος Λακεδαιμονίων ἐνομοθέτει, καὶ Ἰριτος τὰς Ὀλυμπιάδας συνέστησεν («Patrologiae Cursus Completus. Series Graeca» [cur. J.-P. Migne], CX, Paris, 1863, rist. Turnhout, 1978, c. 268: «[Regnum Joas] ... Quo tempore Sybilla illa Cumana celebrabatur et Lycurgus leges Laecedaemonibus dabat, Iphitusque Olympicos constituebat ludos»). Indipendentemente dalle ragioni di tale diversità tra la prima e la seconda datazione (cfr. altresì *Georgii Syncelli Ecloga Chronographica*, 300 s. e 303, ed. A.A. Mosshammer, Leipzig, 1984, p. 186 ss.), e di entrambe rispetto a Giorgio Cedreno (che, non interessa qui, può essere dovuta ad errori, a diversità di tradizioni cui le varie opere attingono o anche a più esatti calcoli diacronici), appare in ogni caso chiaro come tali riferimenti siano del tutto normali nelle opere cronologiche, e come sia alquanto difficile imputare a Giorgio Cedreno, nel suo collocare la prima Olimpiade sotto il regno di Manasse, qualsivoglia recondito motivo legato ad una supposta polemica antiebraica (cfr. in ogni caso *supra*, nt. 26).

³¹ VERRATTI, *op. cit.*, p. 19. Si noti tra l'altro come anche gli scolii a Luciano già richiamati – cfr. *supra*, nt. 15 – collochino esplicitamente l'inizio delle Olimpiadi «al tempo degli Ebrei» (ἀπὸ τῆς ἐποχῆς καθ' Ἑβραίους: cfr., sv. ἐποχή, STEPHANUS, «Thesaurus Graecae Linguae», cit., IV, c. 1936, e DU CANGE, «Glossarium ad scriptores mediae et infimae Graecitatis», cit., «Appendix», c. 73, nonché, per il tardo significato ecclesiastico-magistratuale di κρητῆς – ἀπὸ τῶν καθ' Ἑβραίους κρητῶν –, DU CANGE, *op. ult. cit.*, c. 756 s.): aspetto che Veruska Verratti – *op. cit.*, p. 70 – rileva genericamente senza peraltro metterlo in relazione al riferimento a Manasse recato da Giorgio Cedreno).

Tuttavia, nonostante tale pur non secondario abbaglio, il giudizio sul lavoro di Veruska Verratti in ogni caso rimane nondimeno positivo, in quanto – al di là degli ulteriori meriti ascrivibili (nonostante alcuni aspetti piuttosto problematici)³² a tale studio³³ – la spiegazione di fondo che viene data alla scomparsa delle Olimpiadi antiche appare alquanto più convincente dei tentativi di spiegazione che l'hanno preceduto, dato che l'autrice – forse proprio grazie alla sua formazione più storico-letteraria e sociologica piuttosto che giuridica – riesce finalmente a superare e a porre una volta per tutte da parte il presupposto legalistico che aveva segnato tali studi, ossia la necessità, se non addirittura di una specifica costituzione volta all'abolizione di questi giochi, quantomeno di un puntuale riferimento all'attività legislativa degli imperatori romano-cristiani per spiegare tale evento e trovare le specifiche cause del tramonto delle Olimpiadi antiche.

In effetti, già quando Iole Fagnoli si era occupata di tale argomento, mi aveva stupito come – anche dopo la peculiare e pionieristica congettura di Arnaldo Biscardi, che pure si poteva considerare per vari versi superata – rimanesse in ogni caso fermo in tale studio una sorta di presupposto implicito ed irrinunciabile, ossia quello di postulare sempre e comunque, in una ricerca sui motivi della fine delle Olimpiadi antiche, che tale evento andasse spiegato tentando di rintracciare in un fattore quale la produzione legislativa degli imperatori romano-cristiani³⁴ – oltre che vastissima, contraddit-

³² In primo luogo, in effetti, il libro di Veruska Verratti denota una scarsa attenzione per le fonti e la loro esatta citazione: già il testo di Giorgio Cedreno viene citato in una traduzione italiana senza che sia chiaro se essa sia dovuta all'autrice stessa o ad altri (p. 17 s.), mentre varie affermazioni degli autori antichi vengono richiamate senza indicare l'opera ed il luogo in cui sono espresse (si vedano, specie in riferimento all'opera cronologica di Eusebio di Cesarea ripresa da Gerolamo – cfr. *supra*, nt. 29 – p. 45, 49 e 58, nonché in generale il rinvio soltanto ad un autore moderno per le fonti cui si allude a p. 66 e nt. 152); il luogo di Svetonio indicato (p. 61 nt. 141) è errato, e del resto l'episodio ivi riferito (cfr. E. FRANCIOSI, *Gloriae et virtutis causa*, cit., p. 443 nt. 10) è alquanto mal spiegato; le notizie desunte dai due *scholia in Lucianum* (cfr. *supra*, nt. 15) vengono prima confusi con i *Rhetorica Praecepta* di Luciano (p. 70), per poi attribuire uno di essi senz'altro a tale autore, commentato invece da tale testo (p. 96); inoltre, ad esempio, a p. 32 la citazione di Domenico Vera (cfr. *infra*, nt. 41) è vistosamente sbagliata e a p. 44 si parla di un termine greco «*agèn*» non meglio identificato (si tratta verosimilmente della parola ἄγων, dato che l'autrice dice che significa il luogo ove si gareggia quanto la gara, ed allude alla divinità Ἄγων, che tuttavia non risulta un *daimon* come essa opina, ma un dio la cui statua sorgeva ad Olimpia). Più in generale, oltre ad alcune ingenuità (si veda ad esempio, a p. 66, l'affermazione senza esitazioni né sfumature, oltre che senza alcun rinvio né testuale né bibliografico, secondo cui gli atleti prendono il posto degli dèi e degli eroi), si nota diffusamente nel libro una certa sommarietà di semplificazioni specie nel tracciare il quadro storico in cui si collocano gli eventi che interessano (cfr. ad esempio, per il regno di Teodosio I, p. 26 ss. e 28 ss.), una tendenza a giustapporre argomenti attraverso passaggi dall'uno all'altro piuttosto bruschi e non sempre motivati (cfr. in particolare a p. 64 s. l'introduzione, dopo il tema dell'avversione cristiana per i giochi, dell'argomento della polemica anti giudaica), giungendo talvolta a sintesi tendenti ad una certa banalizzazione di alcune questioni (si veda tra l'altro a p. 40 s. la descrizione del rapporto tra Stato e Chiesa nelle concezioni cristiane): aspetti problematici, forse dovuti alla loro relativa marginalità agli effetti dell'argomento del libro ed in generale alla formazione più sociologica che storico-giuridica dell'autrice, a cui ella avrebbero però forse fatto meglio a rimediare nella revisione definitiva dello studio, dato che tali aspetti tendono a distrarre il lettore dagli indubbi pregi ricostruttivi che l'opera presenta.

³³ In particolare, l'autrice tende chiaramente a riconoscere come i giochi pagani siano essenzialmente un problema di ordine pubblico e vengano dunque affrontati con provvedimenti che si risolvono in atti di polizia (*op. cit.*, p. 36 s. – benché in riferimento ai soli avvenimenti di Tessalonica – nt. 74), anche se non trae da tali aspetti tutte le conseguenze che potrebbero derivarne circa il tema della fine delle Olimpiadi (cfr. *infra*, nel testo); inoltre, anche se non sempre deducendone ogni ulteriore portato ricostruttivo circa il tema che interessa, l'autrice si rende conto del problema della effettiva applicazione dei provvedimenti imperiali, e di come essa sia soprattutto legata alla «prudenza che le circostanze richiedono nell'applicazione della legge» (*op. cit.*, p. 38 s.: cfr. *infra*, testo e nt. 37).

³⁴ Si tratta, del resto di una tendenza di fondo alquanto generale nella moderna prospettiva storico-giuridica, che in linea di massima tende a cercare quanto più possibile il confortante riscontro di una precisa disposizione circa il finire di un fenomeno di tale tipo, forse per meglio dominarlo: così, ad esempio, Veruska Verratti riprende, sulla scia di molte altre recenti opere che è inutile qui ricordare, la tesi secondo cui i giochi gladiatorii sarebbero stati aboliti da Costantino I nel 325 d.C. facendo riferimento a C.Th. 15.12.1, che avrebbe vietato «ludi gladiatorii e la condanna *ad ludum*» (*op. cit.*, p. 133), quando in effetti l'erroneità di una simile tesi, in precedenza alquanto diffusa (cfr. ad esempio O. DILIBERTO, *Ricerche sull'«auctoramentum» e sulla condizione degli «auctorati»*, Milano, 1981, p. 104), è stata si può dire definitivamente dimostrata da Aldo Dell'Oro (*Giustiniano*, cit., p. 626 s.), dato che la versione teodosiana di tale costituzione reca infatti *'Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent. Quapropter,*

toria e di dubbia applicazione effettiva – la precisa causa della fine della celebrazione di tale solennità pagana, sostituendo quindi in pratica, ad una supposta specifica costituzione di Teodosio I, come avviene in Arnaldo Biscardi, una più generale costituzione – C.Th. 16.10.25, del 435 – di Teodosio II, con cui si inaspriva la persecuzione del paganesimo e si ordinava tra l'altro ai magistrati di distruggere gli eventuali templi sopravvissuti integri, tra i quali dunque, si deduce, quello di Zeus ad Olimpia³⁵.

In un contesto in cui il reiterarsi delle sanzioni legislative contro l'eterodossia religiosa si sovrappone in una massa normativa difficile da coordinare e tale anzi da assumere soprattutto un valore di tipo più che altro minatorio e terrifico piuttosto che di concreta repressione giurisdizionale³⁶, e dove d'altra parte sembra trovare i suoi inizi quel principio per cui le leggi, lungi dall'essere indefettibili, sono più accortamente da applicare o meno a seconda della convenienza politica del momento – principio che verrà teorizzato dal diritto canonico intermedio come *'dissimulatio'*³⁷ –, appare in effetti riduttivo se non senz'altro fuorviante postulare qualsivoglia accadimento di una certa importanza all'interno dell'impero vada senza fallo ricondotto ad una precisa e coerente volontà imperiale espressa in via solennemente legislativa, senza considerare come in realtà, una volta tenuta presente la decisività delle cause di lungo periodo che costituiscono verosimilmente la ragione di fondo del venir meno dei giochi olimpici, il motivo contingente della loro cessazione può in ipotesi essere rinvenuto, oltre che al limite in un vero e proprio evento casuale che dia il cosiddetto colpo di grazia al loro sempre più incerto perdurare, in aspetti alquanto minori della vita dell'impero, ossia, senza scomodare necessariamente la volontà del monarca, ad esempio in fattori di contingente difficoltà organizzative locali, come crisi economiche, guerre o invasioni, o financo avvenimenti di tipo climatico o tellurico, che facciano saltare una edizione magari senza che vi sia neppure la percezione che nel futuro essi non verranno mai più ripresi³⁸ (cause contingenti e di per

qui omnino gladiatores esse prohibemus eos, qui forte delictorum causa hanc condicionem adque sententiam mereri consueverant, metallo magis facies inservire, ut sine sanguine suorum scelerum poenas agnoscant, limitandosi quindi a vietare la condanna in *ludum* (*gladiatorium* o *venatorium*, ossia *ad bestias*) ma non gli spettacoli gladiatorii in se stessi, anche se tale limitazione, circoscrivendo tali combattimenti a soggetti che lo facevano per libera scelta, dovette in pratica portare alla loro scomparsa, specie in vista dei ben più alti costi che la loro organizzazione ormai implicava: mentre la definitiva abolizione di essi si ha solo con Giustiniano, che nel *Codex Repetitae Praelectionis* riporta la costituzione di Costantino cassandone la parte centrale relativa alla condanna *ad ludum* e rendendola quindi un divieto generale di tale tipo di manifestazioni (C.I. 11.44.1: *'Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent. Quapropter omnino gladiatores esse prohibemus'*): definitiva «abolizione», del resto, anche qui più che altro da un punto di vista legislativo e per così dire ufficiale, dato che in realtà i giochi gladiatorii dovevano essere già di per sé pressoché scomparsi od divenuti estremamente rari (nel senso di una loro relativa sopravvivenza si veda in ogni caso DELL'ORO, *op. cit.*, p. 627), verosimilmente sia in seguito alla condanna prima cristiana e poi in genere del costume stesso, sia, come si è accennato, in vista del fatto che non potevano più essere impiegati in essi soggetti condannati *in ludum* (sulla probabile scomparsa di fatto dei giochi gladiatorii ben prima di Giustiniano si veda tra l'altro J. CARCOPINO, *La vie quotidienne à Rome à l'apogée de l'Empire*, Paris, 1939, trad. it. – *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'Impero*² –, Roma-Bari, 1947, p. 388, che peraltro parla erroneamente, per l'impero d'Oriente, di un editto di Onorio del 404 d.C.: cfr. DELL'ORO, *op. cit.*, p. 627 nt. 12).

³⁵ Cfr. FARGNOLI, *op. cit.*, p. 131 ss. (la notizia dell'incendio del tempio sotto Teodosio II, in effetti, risulterebbe recata soltanto dai suoi *scholia in Lucianum* ricordati *supra*, nt. 15: sulla verosimile più lenta rovina dell'area di Olimpia, in cui forse si inserisce l'incendio del 425 d.C., si veda tra l'altro ad esempio P.A. CLAYTON, M.J. PRICE, *The Seven Wonders of the Ancient World*, London, 1988, trad. it. – *Le Sette Meraviglie del Mondo* –, Torino, 2003, p. 74: ma sarebbe arduo, e comunque estraneo ai fini di queste note, tentare congetture circa le implicazioni che il trasferimento della statua di Zeus da Olimpia a Costantinopoli, dove poi andò distrutta, potrebbe assumere in ordine alla fine dei giochi olimpici).

³⁶ Rinvio qui al mio *«Furor Haereticorum»*. *Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano*, Milano, 1992, in particolare p. 131 ss. e *passim*.

³⁷ Cfr. *ivi*, p. 147 s. e nt. 515.

³⁸ Per tal verso, sarebbe interessante, benché allo stato delle fonti alquanto difficile se non forse impossibile, tentare di vedere se in effetti sino al 393 d.C., ed in particolare nei decenni che precedettero tale data, le Olimpiadi si siano svolte regolarmente con scadenza quadriennale, oppure sia stata nel caso «saltata» qualche celebrazione (in particolare, è in ogni caso noto come non vi siano tracce dei giochi olimpici che, secondo il calendario quadriennale, avrebbero dovuto effettuarsi nel 265 e nel 273 d.C., mentre, dopo la notizia della vittoria non si sa in quale di ga-

sé non definitive³⁹ che, tra l'altro, spiegherebbe può darsi molto meglio di un provvedimento imperiale, volto a disporre una volta per tutte la cessazione, la stessa scarsa attenzione prestata dai contemporanei alla fine delle Olimpiadi, verosimilmente alla base dei successivi tentativi, in ultima analisi congetturali ed un poco pressapochistici, di spiegazione di tale evento a noi pervenuti, in linea di massima fondati su deduzioni indirette se non su notizie leggendarie, con una prevedibile conseguente pluralità di versioni presenti nelle poche fonti successive che se ne preoccupano)⁴⁰.

In particolare, in tale più duttile e discreta prospettiva storico-ricostruttiva, non sembrerebbe da trascurare come – in una situazione in cui le manifestazioni sportive sono viste con sfavore e dove d'altra parte le Olimpiadi pur nella loro decadenza dovevano continuare ad assumere non secondarie implicazioni culturali pagane – sarebbe forse bastato che un magistrato o anche un mero funzionario locale, che ne avesse il potere non tanto solo in astratto quanto soprattutto altresì in concreto, decidesse per qualsiasi ragione di applicare almeno in questo caso la sovente disattesa legislazione imperiale in materia religiosa, ponendo su tali basi un divieto per così dire amministrativo di celebrarli poi motivato magari soltanto in relazione a contingenti pretesti di ordine o sicurezza pubblici, per far sì che le Olimpiadi non si celebrassero, innestando così nel giro di pochi anni, si può sospettare, il definitivo venir meno di una celebrazione già da tempo non più vitale: sospetto, questo, che acquista quantomeno una minima plausibilità se si considera come la Grecia – che amministrativamente faceva parte della Macedonia e quindi dell'Ilirico Orientale – negli anni precedenti, dopo essere passata nel 379 alla sovranità orientale tornava poi a quella occidentale nel 384 d.C.⁴¹ (anche se il legame di fatto con l'Oriente dovette probabilmente perdurare ancora durante il

ra di Aurelius Sarapammon, egiziano di Ossirinco, nella 264^a Olimpiade del 277, per ulteriori informazioni si deve addirittura arrivare alla 287^a Olimpiade del 369, in cui l'unico barbaro che abbia vinto un titolo in tale manifestazione, tale Varazdate, prevalse nel pugilato, mancando poi ogni notizia sulle celebrazioni successive (cfr. tra l'altro M. PESCANTE, G. COLASANTE, 'Olimpiadi antiche', in «Enciclopedia dello Sport» – voce contenuta nel sito dell'editore che traggo da *internet* –: cfr. in breve FARGNOLI, *op. cit.*, p. 129 s. e 134, nonché VERRATTI, *op. cit.*, p. 87 ss.): fattore, questo, che renderebbe ulteriormente meno percepibile nel suo significato definitivo il mancato svolgimento delle Olimpiadi del 397, in tal caso verosimilmente considerato dai contemporanei come una semplice ulteriore scadenza mancata (magari anche in maniera reiterata) e non come la fine di tale celebrazione periodica. Su come nella CLXXV Olimpiade, dell'81 a.C., si fosse disputata soltanto la corsa, in quanto Silla chiamò a Roma gli atleti per celebrare l'impresa mitridatica (App., *bell. civ.* 1.11.99: cfr. *Appian's Roman History*, «Loeb» Classical Library», 1964, p. 184) si veda FRANCIOSI, *Gloriae et virtutis causa*, cit., p. 441 nt. 6.

³⁹) Prospettiva che, tra l'altro, come si è visto è anche quella – per quanto possa valere nella sua lettera tale testimonianza – quella dell'*Historiarum Compendium* di Giorgio Cedreno, che come si è visto (cfr. *supra*, nt. 2) parla semplicemente di un «venir meno» (ἀποβέννυμι) delle Olimpiadi (prospettiva impersonale che appare tra l'altro ancor più significativa se si considera la tendenza di tale autore alla «polarizzazione» degli eventi intorno a singoli personaggi storici, ed in particolare in relazione agli imperatori nel cui regno un evento si verifica: cfr. su tale caratteristica MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit. p. 247).

⁴⁰) Se Arnaldo Momigliano, nel ricordato (*supra*, nt. 11) articolo sulla «caduta senza rumore» dell'Impero Romano di Occidente, spiegava questo evento – che ai nostri occhi risulta ovviamente una cesura epocale, tanto che la data del 476 d.C. è divenuta lo spartiacque convenzionale tra età antica e Medio Evo – fu appena avvertita dai contemporanei, e non venne comunque considerata un avvenimento così decisivo come sembra nel considerare, piuttosto che l'Italia del V secolo, la vicenda secolare di Roma, non troppo diversamente sembrerebbe che la fine delle Olimpiadi antiche tenda ad essere oggi vista in una dimensione soprattutto incentrata, oltre che sulla importanza nel mondo contemporaneo di tali giochi, in generale sulla loro centralità nella storia della Grecia antica e classica, ove addirittura le Olimpiadi svolgevano effettivamente una essenziale funzione cronologica, lasciando in secondo piano il trascolorare della loro importanza già in età romana e la loro complessiva decadenza in età tardoantica, e dimenticando quindi come il loro definitivo tramonto, nel quarto secolo dell'era cristiana, non doveva verosimilmente costituire un evento tanto importante ed anzi addirittura epocale quale oggi, nella ricordata prospettiva che idealmente congloba le Olimpiadi elleniche e quelle moderne, potrebbe invece sembrare.

⁴¹) L'argomento può ovviamente venire qui soltanto richiamato: la regione, dopo la disfatta di Adrianopoli, sarebbe stata affidata da Graziano a Teodosio I con la sua cooptazione al trono, e quindi alla *pars Orientis*, a partire dal 379 d.C., e sembra esservi rimasta, sembrerebbe, non per uno o due anni, come forse in origine previsto, ma sino al 384 (cfr. D. VERA, *La carriera di Virius Nicomachus Flavianus e la prefettura dell'Ilirico orientale nel IV secolo d.C.* [II], in «Athenaeum», LXI, 1983, p. 390 ss., e *Teodosio I tra religione e politica: i riflessi della crisi gotica dopo Adrianopoli*, in «Atti dell'Accademia Costantiniana. VI», Perugia, 1986, p. 230 s.). Cfr. anche FARGNOLI, *op. cit.*, p. 148.

regno del fanciullo Valentiniano II)⁴², in una non chiara situazione amministrativa⁴³ dove strutture di governo occidentali ed orientali si erano susseguite e si può dire per certi versi sovrapposte⁴⁴: e dove d'altra parte, pur nel provvisorio passaggio a Teodosio I, le strutture ecclesiastiche della regione risulterebbero in ogni caso essere rimaste in tale periodo legate all'organizzazione territoriale della chiesa occidentale⁴⁵, mentre per altro verso potrebbe convergere in tale direzione anche il fatto che tra il 392 e il 394 la vita dell'impero fu segnata dalla ribellione di Eugenio, creando una probabile situazione quantomeno di allentamento del controllo centrale e quindi di maggior rilevanza anche per tal verso degli atteggiamenti e delle decisioni delle autorità locali⁴⁶: fattori cui in generale si aggiungono poi, a rendere ancora più problematica una decisione dell'amministrazione centrale volta ad «abolire» i giochi olimpici, ulteriori elementi qui solo cursoriamente richiamabili, dal recente ridimensionamento della componente cristiana dell'impero in quel periodo, e quindi da una persistenza del paganesimo statisticamente alquanto maggiore di quanto una volta si fosse portati a ritenere⁴⁷, al realismo – financo talvolta piuttosto ambiguo – della politica religiosa di Teodosio I⁴⁸, sino, soprattutto, al fatto che in quel periodo l'attenzione dell'imperatore in ordine alla situazione confessionale dell'impero era in effetti attratta, piuttosto che dal paganesimo, dalla crisi ariana⁴⁹, elemento che in particolare – se nelle regioni che qui interessano tale eresia risultata «infettare» la Dacia e non toccare seriamente la diocesi della Macedonia, roccaforte dell'ortodossia nicena⁵⁰ – parrebbe rendere fino a prova contraria improbabile che si andassero a creare motivi di tensione religiosa (provocando magari, pur nella declinante importanza di tali giochi, una eventuale reazione pagana)⁵¹ proprio in quest'ultima regione⁵².

⁴²) Cfr. VERA, *La carriera* [III], cit., p. 413.

⁴³) Cfr. in particolare S. MAZZARINO, *Stilicone. La crisi imperiale dopo Teodosio*, Roma, 1942, p. 3, e VERA, *Teodosio I*, cit., p. 230 e nt. 21. Sul regno di Teodosio il Grande si vedano di recente, in una prospettiva storico-giuridica L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 237 ss., e in generale LEPPIN, *Teodosio il Grande*, cit., p. 162 ss., 206 ss. e 247 ss.

⁴⁴) Cfr. VERA, *La carriera* [III], cit., p. 404 ss., e *Teodosio I*, cit., 230 s.

⁴⁵) Cfr. VERA, *La carriera* [III], cit., p. 421 ss.

⁴⁶) Per una considerazione generale del sistema amministrativo locale del tardo impero, mi limito a rinviare a JONES, *Il tardo impero romano*, cit., I, p. 447 ss., II, p. 957 ss., e III, p. 1527 ss. (cfr. di recente DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 306 ss.).

⁴⁷) Si vedano ad esempio G. CRIFÒ, *Romanizzazione e cristianizzazione. Certezze e dubbi in tema di rapporto tra cristiani e istituzioni*, in «I cristiani e l'impero nel IV secolo. Colloquio sul cristianesimo nel mondo antico (Macerata, 17-18 dicembre 1987)», Macerata, 1988, in particolare p. 76 e nt. 2 e p. 97 e nt. 129, nonché VERA, *Teodosio I*, cit., p. 228 s.

⁴⁸) Cfr. A. PIGANIOL, *L'empire chrétien (325-395)*², Paris, 1972, p. 237 ss., e D. VERA, *La carriera di Virius Nicomachus Flavianus e la prefettura dell'Ilirico orientale nel IV secolo d.C.* [I], in «Athenaeum», LXI, 1983, p. 226 ss.

⁴⁹) Cfr. VERA, *La carriera* [I], cit., p. 232 ss. Anche per quanto riguarda C.Th. 16.1.2 («*Cunctos populos*»), ossia il cosiddetto editto di Tessalonica, se risulta eccessivo ritenere che essa fosse semplicemente contro gli eretici ariani, in particolare particolarmente numerosi a Costantinopoli (come riteneva DI MAURO TODINI, *Aspetti della legislazione religiosa*, cit., p. 130 ss.), sembra doversi riconoscere come tale costituzione, pur imponendo a tutti i sudditi la fede nicena e segnando così la nascita dell'impero confessionale, appaia in ogni caso verosimilmente emanata da Teodosio I soprattutto per riportare l'ordine a Costantinopoli, dilaniata dalle dispute tra ortodossi e ariani, in un momento dove quiete e sicurezza interna erano assolutamente necessarie per poter fronteggiare la minaccia rappresentata dalle invasioni barbariche (si veda L. DE GIOVANNI, *La politica religiosa di Teodosio I*, in «Labeo», XL, 1994, soprattutto p. 107 s., secondo cui appunto «non vi è dubbio ... che il problema degli eretici, con tutta la sua dirompente carica eversiva anche da un punto di vista sociale, costituisca una delle principali preoccupazioni di Teodosio»).

⁵⁰) Cfr. VERA, *La carriera* [I], cit., p. 237.

⁵¹) Come è noto, simili manifestazioni dell'antico paganesimo tradizionale preoccupavano del resto i cristiani molto meno dei coevi e vitali culti misterici di origine orientale (cfr. in breve A. PAREDI, *Sant'Ambrogio*, Milano, 1985, p. 183 ss.).

⁵²) Parrebbe in ogni caso davvero eccessivo congetturare, come fa Veruska Verratti (*op. cit.*, p. 73), oltretutto forzando un poco le date, che proprio l'aver impedito l'edizione delle Olimpiadi del 393 avrebbe scatenato contro Teodosio I «la dura reazione pagana» ed addirittura provocato la ribellione di Eugenio, causando quindi «la decisiva battaglia al Frigido»: prospettiva del tutto inverosimile innanzitutto in quanto risultano ben altre le ragioni di tale sollevazione, ma soprattutto perché, se così fosse stato, in tal caso la fine delle Olimpiadi avrebbe avuto una risonanza notevolissima nelle fonti coeve, né dovremmo attendere Giorgio Cedreno (ovvero Callinico o gli *scholia in Lucianum*) per averne isolate e sparute notizie, oltretutto tra loro contraddittorie: simili errori di prospettiva, che mi

Il libro di Veruska Verratti, che come si è visto si intitola appunto «la pretesa abolizione delle Olimpiadi antiche», pur non analizzando tali aspetti del contesto storico generale si dirige in effetti in maniera alquanto decisa in una simile direzione, sottolineando subito come già la lettera stessa del passo di Giorgio Cedreno – che infatti reca come si è visto ἡ τε τῶν Ὀλυμπιάδων ἀπέσθη πανήγυρις, ossia che la celebrazione delle Olimpiadi «cessò», «si perse», «morì» (ἀποσβέννυμι)⁵³ – afferma in realtà che tale festività sarebbe «scomparsa» piuttosto che «essere abolita»⁵⁴, mentre d'altra parte, sia a livello locale che ecumenico, altri giochi continuarono senza problema nella vita dell'Impero romano⁵⁵, e sottolinea le difficoltà di pensare per tal verso ad un'applicazione del cosiddetto Editto di Costantinopoli (C.Th. 16.10.12, della fine del 392), sia per motivi giuridici, essendo esso indirizzato al prefetto del pretorio orientale, mentre la Grecia faceva allora parte della *pars occidentalis* dell'Impero⁵⁶, sia in vista della ricordata ribellione di Eugenio, fattore che in ogni caso sposterebbe in tale ipotesi la fine delle Olimpiadi, dall'anno 393 di cui risulta parlare Giorgio Cedreno, alla edizione successiva, ossia al 397⁵⁷.

L'autrice infatti, ripercorsa a grandi linee la storia dei giochi olimpici nel quadro delle manifestazioni sportive panelleniche⁵⁸, indica i principali fattori che condussero alla loro crisi e decadenza, da quelli intrinseci, come la professionalizzazione dell'attività sportiva ed alla conseguente laicizzazione dei giochi che perdono così la loro valenza religiosa, alla conquista romana della Grecia, che in particolare «internazionalizza» i giochi facendo loro definitivamente tramontare la loro specifica connotazione ellenica, sino alla progressiva decadenza morale ed economica della Grecia e ad altri fattori esterni come in particolare l'invasione dell'Ellade da parte di Goti⁵⁹: essa tende anzi a svalutare fortemente la stessa valenza che nella fine delle Olimpiadi avrebbe avuto il cristianesimo ed in particolare l'opera del vescovo Ambrogio e la sua influenza su Teodosio il Grande, notando come probabilmente le gare sportive non siano nel cristianesimo intrinsecamente condannate in quanto fondate su di un modello di vita opposta alla spiritualità di tale religione, che tende a disprezzare la fisicità del corpo (come non poca letteratura invece enfatizza), quanto piuttosto la conseguenza dell'essenziale nesso tra giochi e religione pagana che è proprio della concezione classica, e che porta quindi il cristianesimo a travolgere le antiche manifestazioni agonistiche nella sua opera di eliminazione dei riti e delle credenze idolatre⁶⁰.

In tale falsariga ricostruttiva, l'autrice ripercorre quindi le ragioni che la storiografia non giuridica ha individuato in ordine al declino dei giochi olimpici, dallo sfavore romano verso certune particolarità delle concezioni agonistiche greche alla secolarizzazione conseguente al trascolorare della loro originaria valenza religiosa ed al professionismo che, in particolare, rompe l'originario nesso tra

sembrano del resto ascrivibili a buona parte degli studi storico-giuridici circa tale evento, risultano sempre dovuti (cfr. *supra*, nt. 40) al fatto che si considerano le Olimpiadi alla luce del loro glorioso passato ellenico e della loro ripresa moderna, rifiutando in certo modo di accettare sino in fondo la loro considerazione di età tardoimperiale per quello che era, e che ci è dimostrata dalla scarsissima attenzione delle fonti per esse, ossia quella di una ricorrenza ormai pressoché del tutto trascurabile (ed in effetti, ben diversamente, Veruska Verratti a tale proposito afferma addirittura in maniera invero alquanto problematica – *op. cit.*, p. 32 – che per tal verso le Olimpiadi avrebbero rappresentato «la somma espressione delle manifestazioni pagane»).

⁵³ Cfr. FARGNOLI, *op. cit.*, p. 136 (si veda *supra*, nt. 2).

⁵⁴ VERRATTI, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁵ Cfr. *ivi*, p. 23: sui giochi di Antochia si veda in ogni caso FARGNOLI, *op. cit.*, p. 152 s. (cfr. *supra*, nt. 10).

⁵⁶ Su tali problemi di valore territoriale delle costituzioni, com'è noto alquanto complessi, cfr. in breve, per il tema che qui interessa, FARGNOLI, *op. cit.*, p. 148 s.

⁵⁷ VERRATTI, *op. cit.*, p. 32 s., secondo la quale la legge di Teodosio I sarebbe stata nel caso applicata in Occidente solo dopo la vittoria su Eugenio, e quindi al massimo a partite dalle successive Olimpiadi del 397. A tale proposito FARGNOLI, *op. cit.*, p. 134, ricorda altresì la invasione del Peloponneso, nel 395, da parte dei Visigoti, che sembra siano giunti nelle vicinanze di Olimpia, richiamandosi K. LENNARTZ, *Kenntnisse und Vorstellungen von Olympia und den Olympischen Spielen in der Zeit von 393-1896*, Stuttgart, 1974, p. 14 (*n.v.*).

⁵⁸ Cfr. VERRATTI, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁵⁹ Cfr. *ivi*, p. 53 ss.

⁶⁰ Cfr. *ivi*, p. 57 ss. e 61 ss. (si veda *supra*, nt. 17).

l'agonismo e l'educazione giovanile e quindi, nel tramontare di un ideale di *καλοκάγαθία* che taluno imputa già ai sofisti, sostitui la partecipazione ai giochi dei figli delle famiglie aristocratiche con atleti di tutt'altra estrazione e senza altra preoccupazione che l'eccellenza soltanto fisica (con l'ulteriore problema della brutalità e della corruzione che comportò la nuova dimensione propria del professionismo sportivo, in cui si gareggiava non più per la gloria della propria città ma soprattutto per ottenere il premio), sino al cosmopolitismo di epoca romana che consentì a barbari e persino a schiavi di partecipare alle Olimpiadi rendendo d'altra parte tali giochi sempre più simili alle manifestazioni circensi, con prevalenza dell'atletica «pesante», e facendo di Olimpia stessa quasi una sorta di «parco di divertimenti» e di mera «attrazione turistica», richiamando altresì ulteriori fattori quali la preferenza macedone per le competizioni militari e d'altra parte per la sontuosità degli spettacoli di tipo orientale, nonché soprattutto le cause economiche e politiche che, insieme a invasioni barbariche, alluvioni e terremoti, condussero alla fine ad un «improvviso» declino di Olimpia⁶¹.

In tale più vasta e complessa visione della fine delle Olimpiadi, in cui appaiono finalmente coniugarsi in maniera più compiuta i fattori individuati dagli storici con il problema giuridico dell'aspetto normativo di tale cessazione, l'autrice tende quindi, una volta esaminate le teorie formulate dei giuristi su quest'ultimo aspetto, a smussare decisamente la necessità di uno specifico provvedimento legislativo in tal senso, preferendo l'ipotesi di un declino progressivo e quindi di una caduta davvero «senza rumore» delle Olimpiadi antiche, in cui anche la stessa causa giuridica del loro tramonto andrebbe cercata, piuttosto che in una singola disposizione imperiale, in una complessiva considerazione della legislazione romano-cristiana e quindi, si deduce, nel sommarsi di norme contro il paganesimo ed i suoi simboli culturali e rituali che, via via applicate con maggior rigore nelle contingenze sempre più favorevoli alla nuova religione, condussero alla definitiva scomparsa di tale residuo retaggio religioso del mondo antico⁶², anche se a suo parere non è possibile escludere in maniera definitiva un eventuale provvedimento volto alla loro specifica abolizione⁶³.

Una prospettiva che dunque, nonostante alcuni tentennamenti e qualche esitazione⁶⁴, risulta in

⁶¹ Cfr. *ivi*, p. 87 ss. (sulla decadenza dei giochi già a partire dal 400 a.C., con l'inizio del tramonto del mondo e della cultura classici, e sulla corruzione e lo spettacolarismo di cui essi in seguito divengono oggetto si veda altresì E. FRANCIOSI, *Gloriae et virtutis causa*, cit., p. 438 s. e nt. 4 e p. 439 s. e nt. 5).

⁶² Cfr. *ivi*, p. 97 s.

⁶³ Cfr. *ivi*, p. 138 ss.

⁶⁴ In effetti (anche se l'autrice parrebbe più che altro pensare [p. 38] alla generale C.Th. 16.1.2, su cui *supra*, nt. 49) Veruska Verratti sembra a tratti non escludere la decisività della abolizione delle Olimpiadi da parte di Teodosio I – che del resto risulta prospettiva per vari versi prevalente nella letteratura non giuridica in materia (cfr. *op. cit.*, p. 97 e nt. 242) – o comunque un intervento legislativo in materia: così, ad esempio, all'inizio del libro sembra dare come per scontato, pur subito dopo aver sottolineato come Giorgio Cedreno parli non della loro «abolizione» ma della loro «scomparsa», che nel 393 d.C. sia stata emanata da Teodosio I una costituzione «abrogatrice dei giochi» (*op. cit.*, p. 22: cfr. altresì p. 24), anche se forse l'autrice intende tale idea come una mera ipotesi di lavoro ancora da verificare; analogamente, si scorge poi nel provvedimento di Costantino la *vita Hypatii* di Callinico (cfr. *supra*, nt. 16) un elemento che «dimostra ... che si aveva già memoria di un provvedimento legislativo di abrogazione dei giochi olimpici precedente all'ordine di Teodosio II di distruzione di tutti i templi pagani» (*op. cit.*, p. 70), pur ancora ribadendo in ogni caso (p. 70 s.) come Cedreno parli semplicemente di una loro scomparsa, anche se, dopo aver affermato che in tale prospettiva non è improbabile che questa sia avvenuta sotto Teodosio I, ella cita adesivamente Iole Fargnoli (*op. cit.*, p. 121), che parla invece di una «abolizione» dei giochi da parte di quest'ultimo (VERRATTI, *op. cit.*, p. 72 e nt. 170); se del resto il termine «abolizione» ricorre varie volte in tale studio (cfr. ad esempio p. 107), è in ogni caso da ribadire come Veruska Verratti, in sede di conclusioni (p. 98), parli della decadenza intrinseca delle Olimpiadi come «pre-requisito» determinante della loro scomparsa, anche se accetta come possibile che la loro scomparsa sia altresì conseguenza (quale «causa primaria») della legislazione imperiale, che però sarebbe potuta intervenire solo dopo che tale manifestazione sportiva inpose per cause interne e non destò più sensibile interesse: e se l'autrice non esclude la rilevanza del fatto che «Teodosio I proibì le pratiche pagane e i giochi scomparvero definitivamente» (*loc. ult. cit.*), nondimeno cita senza contraddirli né discuterli, e quindi sembrerebbe in maniera adesiva, autori che ritengono, alla luce di alcuni reperti numismatici risalenti ad Onorio, che i giochi possano essere stati celebrati anche dopo Teodosio I (si veda – in riferimento a LENNARTZ, *Kenntnisse und Vorstellungen von Olympia*, cit., p. 13 ss. [n.v.] – VERRATTI, *op. cit.*, p. 96 e nt. 239): una visuale complessiva, dunque, ove, anche se non si esclude il valore per vari versi decisivo della legislazione imperiale, si afferma conclusivamente che «in ultima analisi ... possiamo dire che fu certamente l'interazione fra molti fattori a causare il declino delle Olimpiadi classiche» (*op. cit.*, p. 98).

ogni caso una più equilibrata visuale da cui studiare la fine delle Olimpiadi antiche, senza l'ansia normativistica di rintracciare ad ogni costo un puntuale riscontro legislativo di tale accadimento nelle costituzioni degli imperatori romano-cristiani, ma guardando piuttosto all'effettiva storia di tali giochi ed in particolare alle loro vicende specie dopo la conquista romana della Grecia e soprattutto dopo l'avvento dell'impero romano-cristiano: una impostazione, quindi, maggiormente elastica e duttilmente attenta alle più sfumate concretezze della storia, che appare altresì un monito ai romanisti, affinché non lascino prevalere le impostazioni tipiche della loro disciplina altresì studiando eventi che sono solo in minima parte sussumibili in una sfera tecnico-giuridica, e che quindi vanno affrontati non solo come giuristi, ma innanzitutto considerandoli, con la sensibilità dello storico, nella più ampia e variegata prospettiva che è loro propria.

Del resto, se nel tema in esame la prospettiva storica deve prevalere com'è ovvio su ogni più specifica e parziale visuale meramente giuridica, il vero problema appare in ogni caso di ordine soprattutto filologico: infatti, per quanto riguarda la datazione della fine delle Olimpiadi antiche nell'ultimo anno di regno di Teodosio il Grande, si è accennato come essa si sia ormai latamente imposta e venga perlopiù accettata, nelle opere che si occupano della storia di tale manifestazione secondo prospettive più late, in maniera tanto generalizzata quanto si potrebbe dire acritica, in una vulgata che sovente non fa neppure alcuno specifico riferimento alla fonte che ci fornisce tale notizia né tantomeno ai motivi per cui essa dovrebbe essere considerata definitivamente affidabile; ma risulta purtuttavia chiaro come l'affermazione di Giorgio Cedreno – anche in vista del contrasto con altre fonti, e soprattutto con i due ricordati scolii ai *rethorica praecepta* di Luciano, che invece pongono la loro fine in relazione al regno di Teodosio II – appaia molto difficile da valutare nella sua affidabilità, specie in quanto non risulta conosciuta la fonte da cui tale autore, che come si è accennato non svetta certo per originalità ricostruttiva, ha attinto tale notizia, mentre d'altra parte il metodo della giustapposizione di dati provenienti da fonti diverse rende ulteriormente più ardua una individuazione delle vie attraverso cui il cronografo bizantino si può essere procurato tale indicazione: e per tal verso, sempre ammesso che essa sia possibile allo stato delle fonti, una indagine volta ad un congruo approfondimento dell'origine e del valore di tale testimonianza nel quadro generale di una più compiuta considerazione dell'opera cronografia di Cedreno – specie in relazione al carattere inedito del manoscritto della cronaca dello pseudo-Simeone, che risulta costituire la principale fonte di Giorgio Cedreno⁶⁵ –, sfugge inevitabilmente alle possibilità di approfondimento dello giusromanista per appartenere giocoforza all'ambito degli studi di ordine, prima ancora che storico, propriamente letterario e filologico⁶⁶.

Saggi, parole, libertà

Giuseppe Valditara ha ritenuto di raccogliere in un volumetto (*Saggi sulla libertà dei romani, dei cristiani e dei moderni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, p. 152), in parte integrati e modificati, alcuni suoi scritti degli ultimi anni, in quanto tra loro collegati tematicamente, anche se in maniera alquanto lata, dall'argomento della «libertà», nei suoi aspetti – come avverte il risvolto di copertina – tanto etici quanto economici.

Sembra tuttavia subito da notare come il dettato della seconda parte del titolo, nel suo porre i «cristiani» quale termine intermedio tra «romani» e «moderni», appaia sottointendere fra i tre riferi-

⁶⁵ Si veda ancora TARTAGLIA, *Meccanismi di compilazione*, cit., p. 249 s.: sui rapporti tra tale autore e Giovanni Scilitze, cfr. in particolare MAISANO, *Note su Giorgio Cedreno*, cit., p. 228 e *passim*.

⁶⁶ Purtroppo, rispondendo con disponibilità e pazienza davvero gentilissime ad una mia telefonata in proposito, il professor Luigi Tartaglia dell'Università «L'Orientale» di Napoli mi informa che, allo stato delle fonti, risulta impossibile determinare l'origine della notizia relativa alla fine delle Olimpiadi recata da Giorgio Cedreno.

menti una implicita progressione cronologica che rende in certo modo i «cristiani» alquanto di separato e diverso dai «moderni», facendone così un fenomeno non propriamente «contemporaneo», bensì precedente e concluso, al pari dei pur più lontani «romani»: tuttavia tale senso letterale del titolo risulta senz'altro opposto alla visuale dell'autore, che ben diversamente considera il cristianesimo quale fenomeno invece del tutto attuale, e non soltanto nella sua eredità giuridico-culturale, come avviene per gli antichi Romani, ma nella sua stessa pregnanza di fede e quindi di visione del mondo.

In ogni caso, il primo saggio – *La familia all'origine della civitas: le basi della libertà dei romani* – tende a porre una forse un po' troppo affrettata equivalenza tra il valore fondamentale della *familia* nell'ordinamento romano, specie in vista dei poteri in certo modo tendenzialmente sovrani del *paterfamilias*, e la *libertas* come essenziale elemento di fondo della costituzione romana, trattando soprattutto del primo dei due elementi (il tema della libertà compare solo nelle ultime pagine) in una prospettiva ricostruttiva che può sembrare al lettore alquanto apodittica e per certi versi altresì contraddittoria: impressiona, infatti, sotto il primo aspetto una ricostruzione storica della *familia* (p. 8 s.) che riconosce a tale nucleo organizzativo il carattere di «comunità politica» (che «svolgeva le tipiche funzioni di ordine interno e di difesa verso l'esterno»), considerando per tal via la *civitas* come nata da una «spontanea, volontaria aggregazione di *familiae*» e per converso negando tale carattere di «comunità politica», senza alcuna più approfondita motivazione, alla *gens*, la quale, secondo l'autore, «serviva piuttosto a facilitare talune funzioni delle *familiae*»; sotto il secondo aspetto, non sembra in effetti molto lineare il rapporto che Giuseppe Valditara (p. 10 s.) individua tra il *paterfamilias*, che avrebbe avuto «l'esclusiva, originaria competenza al ristabilimento dell'ordine violato all'interno del suo gruppo», e la concomitante ammissione di un ruolo per tal verso decisivo del cosiddetto tribunale domestico («do *ius vitae ac necis*, il diritto di vita e di morte, ... dava luogo a un vero e proprio tribunale domestico»), affermando così che «a tal punto era autonomo il *pater* nell'esercizio del potere punitivo sui sottoposti che persino nel caso di un *filius familiae* che avesse attentato alla libertà repubblicana era, alle origini della repubblica, lasciata al tribunale domestico la repressione del crimine»: anche se si tratta di prospettive diffuse ed in ultima analisi pur condivisibili, una migliore linearità di esposizione avrebbe reso meno problematiche tali affermazioni circa i rapporti tra il *paterfamilias* ed il cosiddetto tribunale domestico, perdipiù contenute in un libro che vorrebbe rivolgersi al lettore non specialista; così come una maggiore attenzione, per tal verso, avrebbe altresì evitato affermazioni problematiche come ad esempio quella (p. 16) secondo cui «nella formula originaria del *damnas esto* affiora addirittura l'immediatezza della reazione che prescinde da un accertamento di qualsiasi tipo e quindi dall'intervento di organismi di tipo statale e si concretizza piuttosto in una aggressione fisica sulla persona del debitore che poteva portare alla *damnatio*, vale a dire alla sostanziale uccisione dell'insolvente».

Dopo un saggio dedicato al *Diritto pubblico ovvero dei limiti dei pubblici poteri* (p. 31 ss.) e volto a ricondurre alla centralità della tutela della sovranità popolare, in opposizione all'autocrazia magistratuale, la maggior parte degli istituti pubblicistici del diritto arcaico e repubblicano (tanto che la norma duodecimbtabulare [IX.1] '*de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto*' viene senz'altro spiegata – p. 35 – come «riserva al popolo della possibilità di condannare a morte, riserva che appare come una ulteriore restrizione del potere dei supremi magistrati», senza alcun riferimento né alla *provocatio ad populum* ed alla sua storia, né ai rapporti tra tale norma e la persecuzione criminale tribunitia), il saggio intitolato *Riflessioni su principi fondamentali e legge nella repubblica romana* (p. 39 ss.) mira ad escludere, sempre in nome di una assoluta sovranità popolare, che nell'ordinamento romano esistessero norme superiori («Grundnormen») immodificabili, dando così un valore del tutto assoluto al principio (tab. XII.5) '*ut quodcumque postremum populus iussisset id ius ratumque esset*': in una costruzione secondo cui (p. 41 s.) «con la legge si poteva arrivare fino alla abrogazione o alla radicale modifica di istituti o di norme fondate sul costume, appartenenti al più antico *ius civile* e costituenti in qualche caso elementi fondamentali di struttura», e dove persino capisaldi costituzionali come la *provocatio ad populum* o lo *ius auxilii* dei tribuni sarebbero da considerare a giudizio dell'autore di valore più politico che propriamente giuridico. Stupisce, in tale troppo rapida dimostrazione per sommi capi

della tesi in questione, che non vengano neppure ricordati principii comunemente ritenuti inviolabili dalla dottrina moderna sulla base delle fonti a disposizione, come in particolare il divieto di *adfectatio regni* e le cosiddette *leges sacratae*.

Il successivo saggio su *L'attualità del pensiero politico di Cicerone* (p. 51 ss.) conferma la diffusa tendenza di questi scritti ad usare le fonti antiche ed in genere gli istituti giusromanistici in maniera alquanto disinvolta come meri pretesti per suffragare le tesi aprioristiche dell'autore, sovente anzi forzandone non poco il dato storico nella direzione voluta, in una affabulazione dove tale distanza tra le affermazioni recate ed il dettato delle fonti via via invocate a tal fine finisce con il dare al lettore la sgradevole impressione che, procedendo con una simile libertà se non licenza ricostruttiva, il diritto romano può servire a dimostrare tutto ed il contrario di tutto. Così, anche nel saggio su Cicerone, dopo paralleli un po' audaci e non meglio motivati tra l'oratore e politico romano e Giorgio Washington, giustificazioni della funzione di tutelare la proprietà propria della città e dello Stato rinvenuti, senza nulla spiegare al lettore non specialista, nella polemica contro le leggi agrarie e quella relative al condono dei debiti, nonché richiami a tesi («come pur si è detto») di cui non si specifica né l'autore né altro (p. 52), si procede con affermazioni magari anche vere, ma recate— oltre che in modo strumentale a prospettive politiche sovente troppo attualeggianti — in maniera tanto aprioristica se non pressoché proterva da infastidire chi consideri criticamente tali pagine (si veda ad esempio — p. 54 s. — il nesso tra il senso di appartenenza alla comunità e il corretto impiego da parte dello Stato delle risorse derivanti dalla tassazione) per arrivare (p. 55 ss.) alle tesi fondamentali dello scritto, che si richiamano alla nota idea circa l'erroneità di considerare in una prospettiva egualitaria posizioni soggettive in realtà diverse e quindi al detto ciceroniano '*ne plurimi valeant plurimum*' (in realtà, '*ne plurimum valeant plurimi*' in *rep.* 2.23.39: ma l'autore non indica né controlla la fonte, preoccupandosi semmai di notare, con un certo acrobatismo politiceggiante, come anche Carlo Marx avesse un atteggiamento simile nei confronti del cosiddetto «Lumpenproletariat»): il tutto in una prospettiva che tende a sovrapporre senza soverchi problemi una ricostruzione tendenzialmente critica delle idee antiche con prospettive religiose ed in certo modo politiche e moraleggianti del tutto moderne (si veda, a p. 60, questa frase: «Vanno rispettate infatti le individualità. Va salvaguardata piuttosto l'eguaglianza dei diritti. E però il merito. Come la mettiamo con il merito, con il valore individuale? L'eguaglianza che esclude il merito, dice Cicerone, è iniqua. Le differenze vanno considerate. Noi aggiungeremmo 'valorizzate' perché, memori dell'insegnamento cristiano, in ogni uomo vediamo una goccia di Dio e perché da ogni uomo può provenire un apporto utile alla crescita della società purché se ne valorizzi la specificità e non la si banalizzi nel grigiore della massa»). In tale falsariga, dunque, si arriva alla tesi centrale del saggio, secondo cui (p. 73 s.) in Cicerone, in particolare nel *De Legibus*, «appare evidente la intenzione di trasformare il Senato in una assemblea elettiva» — eliminando ogni competenza censoria in tal senso ed immettendovi direttamente i magistrati maggiori già votati dal popolo — «che si affianchi al comizio nell'esercizio del potere legislativo», quale soluzione volta a contemperare «l'esigenza di rispettare la sovranità popolare» con la prospettiva che «considera pericolosa la democrazia diretta» (p. 71 s.), in una tesi ricostruttiva ove Cicerone, secondo l'autore, anche se «non se la sente ... di fare esplicitamente il grande passo togliendo ai comizi il potere legislativo», tuttavia lascerebbe intravedere «sullo sfondo» una sorta di «retropensiero» in tale direzione, precorrendo l'equiparazione dei senatoconsulti alle leggi ed escludendo ogni competenza normativa dei magistrati, ridotti ad organi meramente esecutivi (p. 72 s.). La tesi, certo interessante, è difficile da giudicare in tale primo abbozzo, priva com'è di ogni approfondimento testuale e di qualsiasi esame critico delle posizioni dottrinali sulla questione, ma in ogni caso sembra fondarsi su di una considerazione sovente un poco dietrologica e soprattutto fortemente reinterpretativa di quanto esplicitamente detto da Cicerone: né giovano al convincimento del lettore i continui ed inopportuni squarci attualizzanti recati dall'autore, dal parallelo sulla trasformazione del Senato divisa da Cicerone ed il passaggio in Italia dal Senato monarchico, di nomina regia, a quello repubblicano (p. 72), sino alla pretesa somiglianza tra tale nuovo ipotetico equilibrio costituzionale ed il modello istituzionale americano ed alla considerazione, un po' gratuita nella fretta con cui viene propo-

sta, secondo cui «a Roma né il Senato poteva sfiduciare il *dictator* e tantomeno i consoli, né era immaginabile che questi potessero determinare lo scioglimento del Senato» (p. 74), per finire con l'enfaticizzazione (p. 74 ss.) della assoluta necessità, nel pensiero di Cicerone, che «a fianco di un Senato autorevole vi sia un governo forte», in un rafforzamento del potere esecutivo che si traduce, come per l'autore risulterebbe sufficientemente chiaro da alcuni passi del *De Re Publica*, in una «evidente opzione per il principio monarchico inteso come potere di comando di uno solo», e quindi in un «rinnovato ricorso alla figura di *dictator*» che prefigurerebbe la figura carismatica, *rector* e *moderator*, del *princeps*, mentre d'altra parte tale ipotetica riforma costituzionale avrebbe altresì implicato (p. 78 ss.) un ampliamento delle attribuzioni conferite ai censori, che avrebbe altresì compreso «quello che con terminologia moderna definirei controllo di legittimità degli atti» (p. 80): circostanza che l'autore deduce senz'altro, senza ulteriori spiegazioni, «dal richiamo ai *nomofulaces greci*» (*rectius*, ateniesi) contenuto in Cic., *leg.* 3.20.46. Ma anche al di là delle estreme incertezze che negli studi giusgrecistici riguardano l'istituzione stessa e a maggior ragione le funzioni della cosiddetta νομοφυλακία, si tratta in ogni caso sempre di semplici prospettive di ricerca che, ancora prive di ogni effettivo approfondimento e di qualsiasi vero riscontro testuale e dottrinario, rimangono per ora sul piano delle mere illusioni, per quanto certamente per vari versi persino affascinanti nella loro ipoteticità.

Segue uno scritto relativo alla personalità di Giorgio La Pira (*Diritto, persona, libertà e pace nel pensiero di La Pira*, p. 85 ss.), che parte dall'idea provvidenzialistica del diritto romano professata da quest'ultimo (p. 86: «Nel diritto romano vi è dunque per la Pira un disegno provvidenzialistico: preparare la venuta del cristianesimo e della Chiesa. Fra le varie civiltà era questo l'unico ordinamento, a causa del suo universalismo, in grado di consentire un tale disegno»), dimostrando tale assunto non solo con il solito richiamo al *puer* prefigurato dalla quarta ecloga di Virgilio (prospettiva, questa, che del resto ignora del tutto, limitandosi ad una pia e consolante interpretazione cristiana, le aspettative di rinnovamento legate a ben diverse ragioni astrologiche – ed in particolare alla precessione degli equinozi – che informarono tale epoca improntandola, dopo il secolare periodo di guerre civili, ad una attesa di ciclico ritorno a tempi migliori), ma aggiungendo altresì (p. 86) che «Questo legame provvidenziale era del resto anticipato in qualche modo già nella Bibbia, con l'alleanza fondata su valori eterni, la *fides* innanzitutto, fra romani ed ebrei (I *Macc.* 8,1; 8,12)»: dove, in relazione a tale poco conosciuto trattato (in realtà, I *Macc.* 8.23 ss.), stupisce ancora una volta la disinvolta forzatura storica che richiama tale evento storico al di fuori di ogni concretezza ricostruttiva per simulare una rete di apparenti corrispondenze e decisivi significati che conduce addirittura a vedere nel diritto romano «un sistema di valori capace di superare le chiusure, dunque anche di integrare il cristiano e il musulmano in una nuova unità», cosicché «il diritto romano, con i suoi valori», sarebbe «forse una occasione irripetibile per preparare il terreno non soltanto per una integrazione, ma in prospettiva anche per una assimilazione dei nuovi venuti» (p. 86). In tale pur abile manipolazione dei dati storici e del loro portato, percorsa fino in fondo e senza imbarazzo alcuno dal saggio in esame con precipua volontà attualizzante, non è quindi strano che Giorgio La Pira, tendenzialmente, divenga nientemeno che un campione del pensiero liberale, così come, ad esempio, che Ulpiano venga descritto come un convinto sostenitore di un matrimonio «che fa diventare due persone una vita sola», e quindi un «*corpus familiae*», ossia un (si direbbe indissolubile) «*consortium* destinato a durare per tutta la vita» (p. 91). Né le osservazioni su libertà, federalismo, guerra fredda e guerra giusta appaiono poi consentire allo scritto di giungere ad una più esatta visione concretamente storica del diritto romano ovvero del pensiero di Giorgio La Pira.

Nel saggio *Cristianesimo e libertà* (p. 101 ss.), dedicato a Gabrio Lombardi, simili licenze ricostruttive giungono ad ancor più notevoli livelli, ed in particolare – anche al di là di peculiari visioni della condizione di *civis Romanus* o del *crimen maiestatis* commesso dai cristiani rifiutandosi di sacrificare all'imperatore (p. 104 s.) – colpisce come l'editto di Milano del 313 d.C. venga inteso, in contrapposizione al «controllo sulle coscienze» che gli imperatori pagani avrebbero preteso sui sudditi, come una «vittoria del cristianesimo nell'affermare la libertà religiosa per ognuno», in cui «l'autorità prende atto che esiste un dominio riservato entro cui essa non può entrare» (p. 105): che a proposi-

to della successiva politica ecclesiastica del tardo impero si parli comunemente, sia pur con termine criticabile, di una sorta di «cesaropapismo» *ante litteram* non è evidentemente circostanza tale da preoccupare l'autore, così come non lo frena certamente il problema dei concreti motivi storici dell'editto in questione.

Seguono infine lo scritto (p. 121 ss.) *A proposito di etica e libertà*, tratto dalla prefazione vergata dall'autore per il volume di Michael Novak, *Coltivare la libertà. Riflessioni sull'ecologia morale* (Soveria Mannelli, 2005), dove è tra l'altro ribadita tale interpretazione dell'editto di Milano (p. 124) mentre la *bona fides* romana viene disinvoltamente rapportata alla nozione moderna di libero mercato (p. 125), e due più brevi saggi, intitolati *Difendere e promuovere la libertà* (p. 139 ss.) e *Un diritto per il XXI secolo* (p. 145 ss.): nel quale, tra l'altro, dando un valore generale e del tutto positivo ad un istituto in realtà di più contenuta e specifica applicazione e soprattutto di discusso portato quale il *municipium*, stupisce quantomeno questa frase, inserita in una esaltazione dei valori della cosiddetta autonomia (p. 148): «Roma poté unificare i territori conquistati in quanto utilizzò lo strumento del municipio come grande forma di autogoverno, incapace di esprimere valori oppositivi, ma in grado di coniugare le tradizioni locali con i valori universali del diritto romano che ciascun municipio andava via via assorbendo». In effetti, la libertà che alla fine della lettura di tale volume sembra risultare di fatto più di tutte celebrata parrebbe in ultima analisi proprio quella di parola, intesa come licenza di dire checchessia senza senza alcun onere di riscontro probatorio circa la plausibilità di quanto affermato.