

Gli esordi del genere letterario *ad edictum*

Dario Mantovani

1. Scopo dell'indagine

I *libri ad edictum*, costruiti in forma di commento lemmatico, suscitano nel lettore l'impressione di un netto stacco fra l'editto del pretore¹ e l'*interpretatio* giurisprudenziale che gli si dispone intorno, come la polpa ad un nocciolo. Questa impressione, se elevata a paradigma dei rapporti fra pretore e *iuris prudentes*, è fuorviante, così come l'immagine dei giuristi che ci ha lasciato Seneca, *ad album sedentes*, seduti presso l'albo pretorio in attesa di clienti, banalizza il ruolo che rivestirono nella formazione e applicazione del *ius praetorium*². Più adeguato a rappresentare la loro parte è il ricordo di ciò che successe in un anno segnato dalla «libido in iure dicundo» del *praetor urbanus* che nell'amministrare la giustizia non rispettava nemmeno il proprio editto: si videro allora diventare «inanes» le «domus eorum omnium qui de iure civili consuli solent»³.

Il vasto campo delle relazioni fra il diritto pretorio e la giurisprudenza, esplorato parzialmente⁴, è destinato a rimanere per grande misura nel buio in cui lo im-

¹ Si parlerà, d'ora in poi, di editto (del pretore) intendendo l'editto giurisdizionale annuale dei pretori urbano e peregrino. Questa semplificazione dipende, da una parte, dalla scelta di escludere dall'indagine l'editto degli edili curuli; lo stato delle fonti, d'altra parte, impedisce di isolare come referente dell'attività dei giuristi pre-labeoniani gli editti emanati in provincia né, sempre al livello della riflessione scientifica, si colgono un interesse autonomo verso l'editto del pretore peregrino o, comunque, segni della volontà di operare una distinzione fra gli *edicta urbana*. Quanto ai contenuti, si adatterà il termine nella medesima estensione che ad esso attribuivano i giuristi classici quando intitolavano le loro opere «*ad edictum*».

² Sen. *Ep.* 5.48.10; la descrizione, naturalmente, poteva riuscire calzante per alcune figure professionali di basso livello.

³ Cic. II *In Verr.* 1.120 (riferito al 74 a.C.): l'esagerazione è, ovviamente, da mettere in conto. È da notare l'uso di *ius civile* inclusivo del *ius praetorium*, sul quale nel contesto cade l'accento.

⁴ Studi *ex professo* si devono a M. Wlassak, *Die klassische Prozeßformel. Mit Beiträgen zur*

merge una documentazione esigua. Oggetto di questo studio ne è un settore limitato, quello delle forme letterarie in cui si manifestò l'attenzione dei giuristi verso il *ius praetorium*. Il taglio può apparire discutibile, perché esclude altri temi che meriterebbero di essere sviluppati – quali il contributo dato alla composizione dell'albo e l'influenza che la natura della fonte può avere esercitato sui modi dell'elaborazione tecnico-giuridica da parte dei *iuris prudentes* – e che saranno, al più, sfiorati, in quanto giacciono su piani che per comodità possono essere prospettati come paralleli a quello prescelto, ma, nella realtà, lo intersecavano. La scelta del tema non è, forse, del tutto ingiustificata, se si considera che l'attenzione verso il *ius praetorium* ebbe un riflesso preciso sulle forme letterarie, dando vita ad un genere autonomo⁵. Essa corrisponde, inoltre, alla convinzione che lo studio del pensiero dei giuristi richiede anche un'analisi delle forme nelle quali ci è pervenuto.

Anche dal punto di vista cronologico, l'indagine ha limiti precisi, che le sono fissati dal programma del seminario in cui si inserisce. Sesto Elio Peto Cato ne segna l'apertura, anche se a godere del primo piano sarà, in effetti, il periodo racchiuso fra Q. Mucio Scevola *pontifex* e A. Ofilio. La cesura conclusiva, che esclude M. Antistio Labeone, è meno arbitraria di altre possibili, dato il rilievo che, nella prospettiva dei giuristi classici, assume, anche in questo campo, l'opera del giurista augusteo.

In definitiva, ci si propone di seguire le prime tracce di un interesse scientifico per l'editto, fino all'emersione di un genere letterario autonomo.

Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit, I, Wien und Leipzig 1924, 3 ss.; L. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, 3 ss., spec. 101 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Prudent et préteur*, in *RHDFE* 5, 4^e s. (1926) 5 ss.; si v. anche, recentissimo e centrato proprio sul periodo qui preso in esame, V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su "ius civile"/"ius honorarium"*, Napoli 1993, 13 ss. Per un aggiornato sguardo di insieme e, al tempo stesso, l'indicazione di nuove prospettive v. M. BREONE, *Storia del diritto romano*⁶, Roma-Bari 1992, 186 ss.

⁵ Per genere edittale si intende qui l'insieme delle opere nelle quali la scrittura dei giuristi o, se si vuole, la documentazione letteraria della loro riflessione adotta come punto di riferimento principale l'editto (che assurge a «unità di fonte e metro di valutazione», per usare le parole impiegate, in una prospettiva diversa, ma convergente, da F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in AA.VV., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 103): il genere include sia opere gregarie (cioè commenti lemmatici più o meno esaustivi) sia opere solo ordinate secondo l'editto. Sul genere letterario, inteso come «codificazione di proprietà discorsive e insieme come il luogo d'incontro fra poetica e storia letteraria», «convenzione che l'autore tiene presente e lo influenza», v. da ult. G. PAGLIANO, *Profilo di sociologia della letteratura*, Roma 1993, 123 ss. (137 ss. bibl.), specialmente dal punto di vista del rapporto fra generi e sistemi sociali; sui generi nella filologia classica, G.B. CONTE, *Generi e lettori. Lucrezio, l'elegia d'amore, l'enciclopedia di Plinio*, Milano 1991, 145 ss.; nell'ambito della giurisprudenza romana, L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 47 ss.; per il filone edittale in particolare, M. BREONE, *Il testo giuridico*, in *Lo spazio letterario di Roma antica*, I, dir. G. CAVALLO, P. FEDELI, A. GIARDINA, Roma 1989, 448 ss.

2. Ofilio

Le informazioni su opere dedicate all'editto pretorio da parte di giuristi anteriori a Labeone si esauriscono, come è noto, in un passo del *l. s. enchiridii* di Pomponio:

«*de iurisdictione idem (scil.: Ofilius) edictum praetoris primus diligenter composuit: nam ante eum Servius duos libros "ad Brutum" perquam brevissimos "ad edictum" subscriptos reliquit*»⁶,

cui fa eco un'unica testimonianza (indiretta) dell'opera *ad Brutum* di Ser. Sulpicio Rufo⁷. Pomponio dà qui notizia, che altrimenti sarebbe per noi perduta, del lavoro di Servio e Ofilio sull'editto, secondo lo schema consueto incentrato sul *protos heures*⁸. Come spesso accade con Pomponio, il brano ha sollevato molti interrogativi, anche minuti, che bisogna affrontare quasi esclusivamente attraverso l'esegesi del testo stesso⁹.

⁶ D. 1.2.2.44.

⁷ Ulp. 28 *ed.* D. 14.3.5.1 = Serv. 4 LENEL (qui e in seguito è indicata la collocazione nella *Palinnesia* delle testimonianze dei soli giuristi repubblicani). Sul testo v. *infra*, § 3.

⁸ Sulla prospettiva di Pomponio nel fornire le informazioni sulle opere della giurisprudenza, che non è quella della storia letteraria né quella di una teoria dei generi, v. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* cit., 39 ss., 47 ss.

⁹ Non è priva di difficoltà la stessa costituzione del testo. Nonostante la autorevole difesa di P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*², München/Leipzig 1912, 68 nt. 41, l'«*idem*» frapposto fra «*de iurisdictione*» ed «*edictum praetoris*» sembra fuori posto (si noti che la lezione del ms. R f. 187', 6 è «*id edictum*», secondo la rinnovata lettura di R. RÖHLE, *Das Berliner Institutionen- und Digestenfragment ms. lat. fol. n. 269*, in *BIDR* 71 [1968] 148, 163), specialmente se si osserva che è separato da «*primus*» cui si riferisce e si considera che, se non erro, il (presunto) sintagma «*de iurisdictione edictum praetoris*» è *hapax legomenon*, il che stupirebbe, se si trattasse di una dizione tecnica. Si possono prospettare due ipotesi: potrebbe trattarsi di un'innocua inversione dell'ordine delle parole, ma in tal caso resterebbe la questione dell'*hapax*. Potrebbe darsi, altrimenti, che «*de iurisdictione*» appartenga alla proposizione precedente, dove troverebbe corrispondenza in «*de legibus*»: D. 1.2.2.44: «... *Ofilius in equestri ordine perseveravit. Is fuit Caesari familiarissimus et libros de iure civili plurimos et qui omnem partem operis fundarent reliquit. Nam de legibus vicensimae primus conscribit*» (analoga, del resto, è la lezione della *Vulgata*, riproposta da G. MANCUSO, «*Praetoris edicta*». *Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittole del pretore in età repubblicana*, in *AUPA* 37 [1983] 335 ss.). Accettando questa emendazione (che corrisponde alla interpretazione che, del testo, dava PH. HUSCHKE, *Pomponius über die Aelien und Catonen und über A. Ofilius*, in *ZgR* 15 [1850] 177 ss., spec. 188 ss.) emergerebbe l'interesse (teorico?) di Ofilio per la *iurisdictio* (che avrebbe fatto di lui, secondo HUSCHKE, *op. cit.*, 201 «*der Begründer der Civilprozesstheorie*», con consapevole anacronismo; critiche in F.D. SANIO, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon* [1858], rist. con

Innanzitutto: bisogna leggersi il riferimento a due opere letterarie o il contributo di Ofilio è da intendersi in termini diversi? Il dubbio nasce dal fatto che, di Ofilio, Pomponio dice che «*edictum praetoris primus ... composuit*», che è cosa diversa dal dire che «scrisse un commento all'editto». Il *componere edictum* rievoca immediatamente la *compositio edicti* che c. *Tanta* 18 – con altre fonti¹⁰ – attribuisce ad Adriano per mano di Giuliano e, d'altra parte, ricalca l'espressione che Cicerone, riferendo la propria personale esperienza, impiega per descrivere l'attività di redazione del testo edittole compiuta dal magistrato giurisdicente in vista della entrata in carica¹¹. Non è per scrupolo, perciò, che ci si deve domandare se l'impresa di Ofilio si sia sostanziata in un'opera letteraria o abbia, invece, riguardato direttamente l'esercizio del *ius edicendi*.

La risposta non può che essere indiziaria. Con l'idea che Ofilio possa essersi cimentato in un commento all'editto collima il buon numero di testimonianze che circolano sotto il suo nome e che si riferiscono al *ius praetorium*, anche se nessuna è esplicitamente attribuita ad un'opera *ad edictum*¹². Inoltre, non bisogna trascu-

una nota di lettura di F. D'IPPOLITO, Napoli 1981, 93 ss.). Quale che sia la soluzione preferibile, la frase che ci interessa non subisce variazioni di contenuto informativo, perché «*de iurisdictione edictum praetoris*» non dice più di «*edictum praetoris*», salvo che la prima alternativa faccia pensare ad un lavoro di Ofilio sul secondo titolo dell'editto pretorio (nella redazione giuliana), appunto *de iurisdictione*: tuttavia, è improbabile che se l'allievo di Servio si fosse concentrato su un obiettivo così circoscritto, il suo contributo potesse essere giudicato da Pomponio più esauriente di quello del maestro.

¹⁰ Aurel. Vict. *Caes.* 19.1; Eutr. *Brev.* 8.17; Hier. *Chron.* 200.15-16 H. (per la critica di queste testimonianze v., sinteticamente, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli 1990, 371; ivi 381 ss. lett.). L'analogia terminologica era già rilevata da IO. GOTTL. HEINECCIUS, *Historia edictorum edictique perpetui*, in *Opusculorum postumorum tomus I*, Neapoli 1777, 119 (= l. II c. I § IX).

¹¹ *Fam.* 3.8.3: «*Romae composui edictum*» (sul testo, v. per tutti L. PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* 37 [1991] 18 ss. Non si può seguire MANCUSO, «*Praetoris edicta*» cit., 424 ss., secondo il quale l'editto composto a Roma non è da identificare con quello giurisdizionale descritto in Cic. *Att.* 6.1.15. Il *genus* che l'A., *op. cit.*, 426 definisce riduttivamente «*de publicanis*» è già definito da Cicerone «*provinciale*»: esso contiene al suo interno – «*in eodem*» – anche la disciplina completa – «*omnia*» – «*de publicanis*», oltre alle altre materie che Cicerone elenca). Analogamente, Cic. II *In Verr.* 1.119: «*et cum edictum totum eorum arbitratu, quam diu fuit designatus, componeret qui ab isto ius ad utilitatem suam nundinarentur, tum vero in magistratu contra illud ipsum edictum suum sine ulla religione decernebat*». Altrove significa la stesura delle singole clausole: Cic. II *In Verr.* 1.110, 1.116.

¹² V. i fr. raccolti da LENEL, *Pal.* I, 795 ss. (per una volta, meno selettivo di F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae 1896, 341 ss. [in seguito, BREMER, *Iurispr.* I], che omette Cic. *Fam.* 7.21 = Ofil. 8 L.; v. anche BREMER, *Iurispr.* I, 344 per la opportuna scelta di tenere distinti i passi attinenti all'*ed. aedilium curulium*). Altri testi (che LENEL, *Pal.* I, 798 ss. attribuisce, ipoteticamente, ad opere diverse o lascia senza precisa collocazione)

rare che, nel testo di Pomponio, l'accento cade sul progresso che Ofilio fece segnare, in questo campo, rispetto a Servio¹³. Il contributo di Servio, non c'è dubbio, ebbe forma letteraria: difficilmente il paragone avrebbe potuto essere istituito se il lavoro di Ofilio avesse avuto natura completamente diversa. Questi spunti fanno inclinare verso l'idea che si abbia a che fare con un prodotto letterario di Ofilio (che Pomponio poteva per qualche via valutare, come dice l'avverbio «*diligenter*»), più probabilmente che con un intervento diretto sul piano della prassi normativa. D'altra parte, non sarebbe facile trovare la veste adatta in cui l'*eques* Ofilio avrebbe potuto raggiungere quest'ultimo effetto, a meno di suggerire un agganancio, ma torniamo nel campo del possibile, con le aspirazioni codificatorie di Cesare¹⁴.

Ammettendo che Ofilio abbia dato alla luce un'opera letteraria incentrata sull'editto, resta ovviamente impregiudicata una seconda questione, quella relativa alla sua forma e al suo contenuto. Non vi sono elementi per affermare che l'opera fosse un commento lemmatico né, d'altra parte, che adottasse dell'editto solo la successione delle materie e nemmeno, per finire, che si esaurisse in un consolidamento del contenuto, senza spunti personali, se non quelli impliciti nell'esecuzione di una simile impresa¹⁵.

attengono, comunque, alla materia edittale: Ulp. 18 ed. D. 9.2.9.3 = Ofil. 21 L. (*a. in factum legis Aquiliae*: EP § 77); Pomp. 16 Sab. D. 24.3.18.1 = Ofil. 41 L. (condanna nei limiti del possibile nell'*a. rei uxoriae*: EP § 113); Ulp. 76 ed. D. 44.4.4.6 = Ofil. 55 L. (*exceptio doli*: EP § 277); Paul. 4 ed. D. 47.10.23 = Ofil. 27 L. (*a. iniuriarum*: EP § 190; *in ius vocatio*: EP § 11). Lo stesso vale per due altri testi, che hanno la forma del *responsum* (e come tali sono raggruppati da LENEL, *Pal. I*, 799 s.): Ulp. 11 ed. D. 4.4.16.1 = Ofil. 31 L. (*r. i. i. minoris XXV annis*: EP § 41); Paul. 32 ed. D. 17.1.22.10 = Ofil. 33 L. (responsabilità del *curator* o del *magister* - A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, 148 ss. - *bonorum* verso i creditori, attraverso *a. mandati* o *neg. gestorum*: EP § 35, 108, 217, 224). Come si vede, tutti, tranne uno, furono riutilizzati in commenti edittali.

¹³ Questo profilo è messo in evidenza da GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano* cit., 366, secondo cui il primato di Ofilio «consistette in una presa in considerazione "diligente" del testo edittale, mentre i *libri duo ad Brutum* di Servio erano stati in precedenza di estrema brevità».

¹⁴ Suet. *Iul.* 4; Isid. *Etym.* 5.1.5. L'ipotesi è antica: l'accettava, ad es., HEINECCIUS, *Historia edictorum edictique perpetui* cit., 118 ss. (= l. II c. I § VIII-IX). Ad un incarico di Augusto pensava Voigt, confutato da KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 68 nt. 41. V. ora F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli 1978, 93 ss. e, con una significativa distinzione fra il piano giurisprudenziale e quello politico, A. SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in *Storia di Roma*, dir. A. SCHIAVONE, II.3, Torino 1992, 15 s.

¹⁵ Per quest'ultima soluzione si pronuncia L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*⁸, con la collaborazione di L. DE GIOVANNI, Napoli 1991, 377 s., secondo cui è più probabile che, invece di un commento all'editto, Ofilio «possa avere riunito in qualche ordine gli editti che i pretori finora erano andati pubblicando con una certa continuità». L'A. si fonda essenzialmente

La soluzione che abbina le funzioni di consolidamento e di interpretazione dell'editto è la più probabile¹⁶. Si contemperano, in essa, il *componere* di Pomponio e il buon numero di testimonianze ofiliane su temi edittali, cui già si è fatto cenno e per le quali, in linea puramente teorica, non esiste sede migliore di un'opera apposita cui possano essere ricondotte.

Solo da un'inferenza è opportuno mettere in guardia, cioè dal vedere nell'intervento di Ofilio la prova dell'immaturità dell'editto. La *lex portorii Asiae* scoperta e pubblicata da poco, che costituisce uno dei più ampi testi normativi romani finora conosciuti, può costituire, al riguardo, un ottimo termine di paragone: nonostante nel 75 a.C. fosse stata concepita ed emanata quale testo normativo compiuto, le aggiunte successive ne resero necessaria una revisione nel 62 d.C.¹⁷. Volendo mantenere il parallelismo, si potrebbe affermare che la necessità di portare ordine è segno dell'invecchiamento del testo normativo¹⁸.

Assunto come punto di partenza che Ofilio annotò ciò che andava disponendo in un ordine migliore¹⁹, rimane la questione ulteriore – che, nella prospettiva di

sull'uso di *componere* da parte di Pomponio (cfr. D. 1.2.2.2, dove, però, l'idea di un riordino delle *leges regie sine ordine latae* è esplicita, il che vale, semmai, come argomento contrario; non molto significativo, invece, fr. 2.6 D. *eod.*). Il richiamo al «*ius praetorium constitutum*», con cui l'A. avvalorava la sua interpretazione, forza, però, anche sintatticamente, Cic. II *In Verr.* 1.114 (dove la subordinata temporale di cui il perfetto passivo «*constitutum est*» è il predicato verbale, si riferisce semplicemente all'esordio dell'attività edittale pretoria; se ne veda la traduzione in BRETON, *Storia* cit., 188).

¹⁶ V. già, in questo senso, A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di L. LABRUNA, I, rist. Napoli 1982, 143; cfr., 401 s.; ID., «*De albo corrupto*», in *Index* 18 (1990) 272 nt. 36. È suggestivo, ma, probabilmente, va oltre il bersaglio, il confronto istituito da SANIO, *Zur Geschichte* cit., 99, fra il *componere edictum* di Ofilio e il *generatim componere* di Q. Mucio.

¹⁷ H. ENGELMANN, D. KNIBBE, *Das Zollgesetz der Provinz Asia. Eine neue Inschrift aus Ephesos*, in *EA* 14 (1989) 1 ss. La *lex* redatta nel 75 a.C. dai consoli L. Ottavio e C. Aurelio Cotta comprende i §§ 1-36 dal testo epigrafico. La commissione istituita da Nerone per la revisione non eliminò la stratificazione. Non escluderei, per continuare il paragone, che anche nell'editto pretorio le aggiunte dei singoli pretori potessero essere segnalate da un'etichetta del tipo *L. Titius pr. addidit*, come nella *lex portorii* le singole aggiunte erano segnalate dalla didascalia (ad es.) *L. Gellius Cn. Lentulus cos. addiderunt*. Ciò potrebbe spiegare la sopravvivenza del ricordo del creatore dei singoli istituti: tuttavia, a parte che di simili didascalie non v'è la prova per l'editto giurisdizionale, sembrano inconciliabili con la sua natura di *lex annua*, formalmente rimanata da ogni pretore entrante.

¹⁸ Riserve in GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano* cit., 366.

¹⁹ Deve, a questo punto, essere ricordata l'opinione di TH. MOMMSEN, *Ueber den Inhalt des rubrischen Gesetzes* (1858), ora in ID., *Gesammelte Schriften. I. Juristische Schriften*, I, Berlin 1905, 162 ss. (condivisa, fra gli altri, da P.F. GIRARD, *Un document sur l'édit antérieur à Julien. Valerius Probus, "De Litteris Singularibus"*, 5, 1-24 », in ID., *Mélanges de droit romain. I. Histoire des sources*, Paris 1912, 197; E. WEIß, *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, in *ZSS* 50 [1930]

questo studio, è la principale –, quella, cioè, del genere letterario o, per essere più concreti, delle modalità con cui il giurista si confrontava con il testo edittale, restando aperta l'alternativa che l'albo fornisse solo una traccia oppure che fosse seguito lemma per lemma; ci si può chiedere, insomma, se l'opera di Ofilio si avvicinasse al polo dei *digesta*²⁰ o a quello dei *libri ad edictum*, per utilizzare termini di confronto classici²¹. Anche a questo proposito, il materiale di cui disponiamo non consente una risposta sicura. Innanzitutto, come ho accennato, non abbiamo un solo testo che si dica tolto dall'opera sull'editto²². In secondo luogo, anche ammettendo che l'attribuzione ad essa di questo o quel frammento, sebbene conget-

254), secondo cui nella *lex Rubria* si rispecchierebbe già il medesimo ordine dell'editto cd. adrianeo: è impossibile, peraltro, stabilire se l'opera di Ofilio – che ebbe fra gli *auditores* La-beone e Capitone, quindi visse fino all'età augustea – sia anteriore o posteriore alla *lex de Gallia Cisalpina* (benché la seconda ipotesi sia più probabile, anche se si accolga per la legge la datazione bassa, al 41 a.C., difesa da U. LAFFI, *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum* 74 [1986] 10 ss.; cfr. ID., *Di nuovo sulla datazione del "fragmentum Atestinum"*, in *Athenaeum* 78 [1990] 167 ss.). Questione connessa è se l'editto ricalchi nella sequenza delle materie la legge delle XII Tavole (sul punto, v. per tutti, F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, I, München 1988, 466 s. e, con una nuova analisi, S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano 1993, 403 ss., che conclude per una «perfetta continuità» dell'editto [giuliano] «con strutture del sistema decemvirale»); se ciò dovesse ammettersi, la portata dell'intervento di riordino della giurisprudenza tardo-repubblicana sull'editto dovrebbe certamente essere ridimensionata, non essendo probabile che solo ad essa sia venuta l'idea di seguire una traccia così tradizionale nella cultura giuridica romana.

²⁰ L'ordine edittale si trova nell'opera i cui frammenti recano, nel Digesto, l'*inscriptio Alfeni digesta*. Che, tuttavia, la falsariga dell'editto sia stata seguita non da Alfeno, ma dall'anonimo epitomatore della sua opera è suggerito, irresistibilmente, dal fatto che il riassunto paolino dei *digesta* segue un ordine diverso e singolare e non si vede la ragione per cui Paolo avrebbe dovuto abbandonare la traccia più comoda, se l'avesse trovata già nell'opera originale: v., in questo senso, LENEL, *Pal.* I, 37 nt. 1; C. FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio prima di Salvio Giuliano* (1891), ora in ID., *Opere. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. ALBERTARIO, Milano 1929, 164 nt. 1; v. anche G. SCHERILLO, *"Adnotationes gaiane"* (1968), ora in ID., *Scritti giuridici. I. Studi sulle fonti*, Milano 1992, 50 nt. 11, peraltro con la motivazione apodittica che «ai tempi di Alfeno il sistema edittale non era ancora diffuso». Non bisogna, comunque, sottovalutare l'informazione che scaturisce dall'epitome anonima: come osserva F. BONA, in *Opus* 1 (1982) 416 l'epitomatore difficilmente avrebbe scelto l'ordine edittale se già il taglio dell'opera originale non gliene avesse offerto il destro.

²¹ È indubbio che Pomponio non poteva ignorare, nel suo giudizio, le forme letterarie di cui aveva esperienza: in questo senso, è verosimile che egli ravvisasse alcuni punti di contatto fra l'opera di Ofilio e i commenti *ad edictum*; tuttavia, non è opportuno, data la laconicità del suo giudizio, volerne trarre eccessive inferenze.

²² V. *supra*, nt. 12. Anzi, la notizia di Pomponio non assicura nemmeno che l'opera di Ofilio si intitolasse "*ad edictum*".

turale, colga più volte il bersaglio, è molto difficile accertare quanto abbia pesato sulla struttura originaria la trasposizione nel nuovo contesto, dato che alla scrittura di Ofilio si sono sovrapposte una o, probabilmente, più scritture successive²³. Tranne due casi, in cui l'opinione di Ofilio è confluita in un commento *ad Sabinium*, il canale preferenziale per la conservazione del suo pensiero su temi edittali è costituito dai commenti *ad edictum* (di Ulpiano, principalmente, con l'apporto di Gaio, Venuleio e Paolo)²⁴. Ciò non implica necessariamente, tuttavia, che la forma originale dell'opera di Ofilio fosse omogenea a quella dei commenti lemmatici classici: è ben noto che, all'interno dell'impianto lemmatico (adottato con maggiore o minore rigore), i giuristi classici confusero materiali della più svariata provenienza.

Così, per fare un solo esempio, in Ulp. 7 *ed.* D. 2.9.1.1 = Ofil. 4 L., un'opinione di Ofilio è incastonata in un commento lemmatico ai *verba in eadem causa* dell'editto *si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur* (EP § 21):

«*In eadem causa*» quid sit, videamus: ... si noxae deditus sit, Ofilius non putat in eadem causa sisti, cum noxae deditione ceteris noxalem actionem peremi putat²⁵.

L'opinione di Ofilio serve ad Ulpiano per illustrare, a livello casistico, la regola che egli pone in capo al testo, secondo la quale mantenere «nella medesima condizione», fino alla *litis contestatio*, il sottoposto a potestà, presunto autore di un atto illecito, equivale a non peggiorare la posizione processuale dell'attore²⁶. L'ab-

²³ È noto che, secondo A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller* (1885), ora in *Labeo* 8 (1962) 374 ss., Ulpiano non vide gli scritti dei giuristi repubblicani. Una riprova analitica per l'opera di Ofilio è condotta da SANIO, *Zur Geschichte* cit., 104 s. che individua come vettori Labeone, Pomponio e Pedio. Per F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, 166, l'opera di Ofilio (come quella di Servio) fu sostituita dal commento di Labeone e le citazioni successive sono di seconda mano.

²⁴ V. *Pal.* I, 795 ss. e *supra*, nt. 12. I luoghi sabiniani sono Pomp. 16 *Sab.* D. 24.3.18.1 = Ofil. 41 L. e Paul. 7 *Sab.* D. 25.2.3.3 = Ofil. 7 L. (sull'oggetto dell'*actio rerum amotarum*).

²⁵ Sul testo v. F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen 1969, 184 s., con la proposta di emendazione «*peremi put<e>t*» (non mi pare del tutto sicuro che la motivazione di Ofilio sia da ricondurre alle «Begründungen aus kontroverser Juristenlehre»: il verbo *putare* non è, in questo senso, decisivo; il principio *noxae deditione ceteris noxalem actionem peremi* sembra, piuttosto, una *regula iuris*); A. WACKE, *Die "potentiores" in den Rechtsquellen. Einfluß und Abwehr gesellschaftlicher Übermacht in der Rechtspflege der Römer*, in *ANRW* II 13 (1980) 562 ss., 591 s.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 188 ss.; EAD., *Notas en torno al "vadimonium"*, in *SDHI* 48 (1982) 160 s.

²⁶ Fr. D. cit.: «*et puto verius eum videri in eadem causa sistere, qui ad experiendum non facit ius actoris deterius*».

bandono nossale intervenuto nel frattempo a favore di un terzo incide negativamente sulla posizione dell'attore, perché estingue la sua (e ogni altra eventuale) azione nossale: in questo senso, secondo Ofilio, non viene conservata la medesima condizione richiesta dall'editto²⁷.

L'esempio è stato scelto proprio perché il contesto ha tutte le caratteristiche del commento lemmatico, nel quale l'esposizione è aderente ai *verba* (in questo caso) dell'editto. Tuttavia, non è possibile stabilire se già Ofilio impostasse analogamente il suo lavoro sull'editto o se, invece, Ulpiano (o l'A. cui questi si rifaceva)²⁸ attingesse la sua opinione da un contesto orientato diversamente, per esempio, in cui fosse riferito un responso di Ofilio in merito all'azione basata sulla *sponsio* con cui si garantiva il *vadimonium* prestato in conformità all'editto²⁹ e la inoculasse, dopo averne estratto la sostanza, nel proprio impianto lemmatico.

Anche a proposito di altri frammenti, nei quali è istituito un diretto confronto con il testo edittale, non ci si può esprimere diversamente³⁰. In definitiva, i *verba edicti* affiorano, talora, come referente dell'esegesi di Ofilio, ma lo stato della tradizione impedisce di stabilire se egli avesse già compiuto il passo di elevarli programmaticamente ad oggetto primario dell'interpretazione e a quadro espositivo.

²⁷ Questa interpretazione, successivamente, viene abbandonata: v. Paul. 6 *ed. fr.* 2 pr. D. *eod.* Quanto ad Ulpiano, non sapendo se il suo discorso si arrestasse nel punto in cui i compilatori hanno introdotto quello di Paolo o proseguisse in senso critico, non si può dire se facesse propria la posizione di Ofilio; anzi, da Ulp. 18 *ed.* D. 9.4.14 pr. A. BÜRGE, *Occupantis melior est condicio*, in ZSS 106 (1989) 268 ss. inferisce acutamente che il giurista severiano si allontanava dalla soluzione repubblicana.

²⁸ V. *supra*, nt. 23. La ricorrenza di Labeone nel medesimo testo può costituire un indizio, ma nulla più, di una prima mediazione del pensiero di Ofilio.

²⁹ Che l'editto si riferisse originariamente al *vadimonium* è sicuro: LENEL, *EP*³, 82.

³⁰ V., in particolare, Paul. 7 *Sab.* D. 25.2.3.3 = Ofil. 7 L.; Ulp. 68 *ed.* D. 43.8.2.39 = Ofil. 9 L. Nell'unico luogo in cui l'approccio lemmatico appare fuori discussione, il testo commentato, pur incidendo in materia regolata dal pretore, è, però, una legge, la *lex Cornelia de iniuriis* (Ulp. 56 *ed.* D. 47.10.5.1 = Ofil. 26 L.): «*Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore*». Non solo, quindi, non può indursi che analogo trattamento riservasse alle parole del pretore, ma nasce pure il dubbio che la sede originaria non fosse il commento edittale (che è la sede in cui lo leggiamo presso il giurista severiano), ma i (presunti) *libri de legibus* (v. LENEL, *Pal.* I, 799, seguito, ad es., da F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien-Köln-Graz 1969, 78 nt. 5; su di essi, cui potrebbe alludere Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.44, v. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 610 nt. 100. Il passo è, invece, ascritto da BREMER, *Iurispr.* I, 357 n. 16, agli «*incertorum operum fragmenta*»). Per un altro esempio dell'approccio lemmatico, questa volta al testo delle XII Tavole, v. Gai. 2 *ad XII Tab.* D. 50.16.234.2 = Ofil. 30 L. (su cui da ult. O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, Cagliari 1992, 382 s., che conferma nell'ambito di una nuova ipotesi ricostruttiva la connessione con il versetto *si volet suo vivito* detto dell'*addictus*).

3. Servio

Entro certi limiti, l'informazione che Pomponio ci offre sull'opera di Servio è migliore, sebbene, come tutti gli enunciati cruciali, ma laconici, del *l. s. enchiridii*, abbia dato luogo a molti dubbi anche l'affermazione secondo la quale, prima di Ofilio, «*Servius duos libros "ad Brutum" perquam brevissimos "ad edictum" subscriptos reliquit*»³¹.

Il primo verte sul significato da attribuire al titolo, "*ad Brutum*", se dedicatorio o analogo a quello che, più tardi, assumerà in microtipi come "*ad Quintum Mucium libri*" o "*ad Sabinum libri*". Sebbene non sia mancata adesione a questa seconda interpretazione³², mi pare convincente l'idea che Bruto sia il dedicatario³³. Non è solo un tentativo: vi è, per questo ruolo, un candidato molto serio, il cesaricida, che nel 47 a.C., divenuto pontefice, ascoltò «*studiose et frequenter*» Servio a Samo per apprendere da lui il rapporto fra *ius pontificium* e *ius civile*³⁴. Conosciamo, insomma, un personaggio con questo nome legato a Servio e che ha un interesse specifico nel suo insegnamento giuridico. Si aggiunga che Bruto nel 44 a.C. fu pretore urbano: ciò ha fatto avanzare l'ipotesi suggestiva che il manuale avesse una funzione isagogica³⁵.

³¹ D. 1.2.2.44.

³² Così SCHULZ, *Storia cit.*, 374 nt. 7: «... *ad Brutum* vuole ben dire *ad opus quoddam Bruti* ...» (è una nota aggiunta al manoscritto tedesco, su cui si basa l'ed. postuma su cui è condotta la trad. italiana); anche AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma cit.*, 375 pensa ad un «commento a Bruto», inducendone che nei suoi libri M. Giunio Bruto «avrà certo commentato qualche novità edittale» (a questa inferenza si può obiettare che se l'interesse di Bruto per il *ius praetorium* era sporadico, cosa della quale non c'è ragione di dubitare, è strano che nello scrivere un commento all'editto Servio abbia preso le mosse proprio dall'opera del predecessore). Una strada mediana sceglie A. GUARINO, "*Libri ad*", in *Syntheseleia Vincenzo Arangio Ruiz*, Napoli 1964, 769 s.: i libri sarebbero dedicati al Bruto giurista e orientati a integrare la sua trattazione civilistica con brevi richiami alla disciplina edittale (ma, forse, ci si può domandare se una attualizzazione di questo genere sarebbe stata praticabile e, soprattutto, utile).

³³ Così R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Transitional Politics. A study of the Roman Jurists in their political setting in the Late Republic and Triumvirate*, München 1985, 13 s. (Cic. Att. 5.4) e, contemporaneamente, B.W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists. Studies in Cicero's "pro Caecina"*, Princeton 1985, 170. Aderiscono WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I cit.*, 605 nt. 65 e PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone cit.*, 60 ss. Probabilmente già P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, Berlin 1888, 245 nt. 3, era giunto a questa conclusione: lo si induce dal fatto che egli poneva con sicurezza l'opera di Servio nel 44 a.C. (per la motivazione l'A. rinviava alla biografia di Servio, non più apparsa): la data è, come si dirà appresso nel testo, quella della pretura urbana di Bruto.

³⁴ Cic. Brut. 156.

³⁵ PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone cit.*, 62 nt. 168 (v. anche JÖRS, *Römische Rechtswissen-*

Più del titolo ha dato motivo di dubbio il sottotitolo. Dico sottotitolo perché in nessun altro modo mi sembra si possa intendere l'espressione di Pomponio *libri ... ad edictum subscripti*, se non, appunto, nel senso di "libri ... con il sottotitolo *ad edictum*"³⁶. Questa traduzione esclude le illazioni che, dall'espressione, sono state tratte riguardo alla natura dell'opera, supponendo che si trattasse di "annotazioni" appese o "apposte in margine" all'editto³⁷. Qualunque sia la portata di questa interpretazione, che – anche negli autori che la formulano – resta un po' oscura, essa si basa su un equivoco: *subscribere* nel senso di "scrivere sotto" regge il dativo e non *ad* e l'accusativo³⁸.

Veniamo ora al tema che ci interessa, quello della forma dei due libri di Servio dedicati a Bruto sull'editto³⁹. Mi pare che nel testo di Pomponio vi sia un punto

schaft cit., 245 nt. 3). In questa linea (ma v. *infra*, nt. 53), si potrebbe anche pensare alla carica di *legatus* svolta da Bruto in Gallia Cisalpina nel 46-45 a.C., ricordata per l'equanimità nell'amministrazione della giustizia: Cic. Or. 34. Per FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 170. Bruto era, invece, destinatario in quanto oratore.

³⁶ È, del resto, la traduzione del brano proposta dall'*Oxford Latin Dictionary* (1976) 1848 sv. *subscribo* 2a. Questa lettura può confermare l'interpretazione del titolo *ad Brutum* come dedicatorio: difficilmente l'opera avrebbe portato un sottotitolo se, già nel titolo principale, si indicava l'argomento. Per intitolazioni analoghe v., ad es., Censor. 3.2 «*Granius Flaccus in librum quem ad Caesarem de indigitamentis scriptum reliquit*», Gell. 19.8.3 «*C. Caesar ... in libris quos ad M. Ciceronem de analogia conscripsit*», Gell. 12.10.4 «*M. Varro in libro secundo ad Marcellum de latino sermone*» (esame completo in D. AMBAGLIO, *La dedica delle opere letterarie antiche fino all'età dei Flavi*, in AA.VV., *Saggi di letteratura e storiografia antiche*, Como 1983, 7 ss.).

³⁷ Così MANCUSO, «*Praetoris edicta*» cit., 338 (il quale forza l'interpretazione del testo al punto di sottointendere un soggetto come "annotazioni" e mutare corrispondentemente il verbo in *subscriptae*); N. PALAZZOLO, *La "propositio in albo" degli "edicta perpetua" e il "plebiscitum Cornelium" del 67 a.C.*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli 1984, 2447 nt. 76 (dubitativamente); PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone* cit., 62 nt. 169 («La qualità di *subscripti* dei due libri denota comunque un carattere di aggiunta, di margine, si tratta evidentemente di un'opera che considera l'*edictum* come dato, un'opera cioè che non può in alcun modo aver "riorganizzato" l'editto»). Questa errata esegesi si può trovare già in HEINECCIUS, *Historia edictorum edictique perpetui* cit., 117 (= l. II c. I § 7): «... "*subscribere*" indicare videtur breves notas vel scholia, quae vel margini edicti adleverat, vel ipsi edicto subiunxerat Sulpicius». Pur muovendo dalla interpretazione esatta, è incomprensibile l'intitolazione proposta da BREMER, *Iurispr.* I, 230, «*Ad edictum libri duo ad Brutum subscripti*», che inverte la costruzione di Pomponio e presuppone che Ulpiano citi il libro con il sottotitolo.

³⁸ Cfr., per un esempio, Paul. 13 ed. D. 4.8.32.14: «*Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset ... <et> nihilo minus nullo cogente dicere perseverasset, libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscripsit posse eum uti doli mali exceptione*».

³⁹ Di fronte alla esplicita testimonianza di Pomponio (che parla, a proposito dell'opera di Ofilio paragonata a quella di Servio, di *praetoris edictum*) e la riprova offerta dal contenuto dell'unico testo che se ne conosca, Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.1 = Serv. 4 L. (v. *infra*, nel testo), non si vede come l'opera di Servio possa essere posta in relazione, invece che con l'editto giurisdizio-

su cui fare leva: il giurista definisce i due libri *perquam brevissimi*. Intendere – come accade – che si trattava di libri di “ridotto formato”⁴⁰, insomma, di due rotoli brevi⁴¹, pur cogliendo forse nel vero, mi pare finisca per banalizzare il giudizio di Pomponio, riducendolo ad una semplice misura (al di là del fatto che verrebbe, comunque, da chiedersi il perché della scelta di dividere il testo in due volumi, se tanto brevi)⁴². Credo che sull’espressione di Pomponio possa venire luce dalla prefazione al quinto libro di Vitruvio, costruito proprio sul concetto di *brevitas*⁴³. È un contesto omologo, che verte, come quello di Pomponio, su una prosa scientifica⁴⁴. La prefazione del *De architectura* vuole dare ragione delle caratteristiche formali dell’opera: Vitruvio intende giustificare il carattere scarno della sua esposizione con la necessità di affrontare efficacemente una materia tecnica e dotata di un lessico specialistico⁴⁵. Le difficoltà possono essere superate usando poche frasi e molto chiare (*paucae et perlucidae sententiae*)⁴⁶; l’espressione concisa aiuterà anche la memorizzazione di nozioni ostiche («... *ut memoriae tradantur, breviter exponam*»)⁴⁷. Il risultato di queste scelte saranno *brevia volumina*⁴⁸. Come si vede, l’aggettivo *brevis*, riferito all’opera letteraria, ne descrive, in realtà, una qualità stilistica: Vitruvio contrappone ai suoi *brevia volumina* gli *ampliora* che potrebbe scrivere, se vi aggiungesse, come altri fanno, la citazione di *maximae et egregiae auctoritates*⁴⁹. È verosimile, quindi, che Pomponio sottolineasse l’estrema brevilo-

nale del pretore, con l’*edictum de adventu* del governatore provinciale, come vorrebbe MANCUSO, “*Praetoris edicta*” cit., 339 s. *Contra*, v. già N. PALAZZOLO, *L’edictum “de albo corrupto” e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 611 nt. 68.

⁴⁰ MANCUSO, *op. cit.*, 338.

⁴¹ TH. KIPP, *Geschichte der Quellen des Römischen Rechts*, Leipzig 1909, 103; SCHULZ, *Storia* cit., 225.

⁴² Anche per M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, in *Società romana e produzione schiavistica*. III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GARDINA e A. SCHIAVONE, Roma-Bari 1981, 36 nt. 196 la qualifica di succinti non è da riferire ai libri in sé: per l’A. sarebbe da porre in relazione all’ampiezza della materia trattata.

⁴³ Su questa categoria stilistica, v. per tutti E. NORDEN, *Die antike Kunstprosa vom VI. Jahrhundert v. Chr. bis in die Zeit der Renaissance*, I⁴, Leipzig-Berlin 1923, 283 ss.

⁴⁴ E. ROMANO, *La capanna e il tempio: Vitruvio o dell’architettura*, Palermo 1987, spec. 80 ss., 176 s.; P. PARRONI, *Scienza e produzione letteraria*, in *Lo spazio letterario di Roma antica* cit., 469 ss., spec. 472, 483 ss.

⁴⁵ Vitr. 5 *praef.* 2.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.* Programma analogo espone il redattore della *Forma Idiologi*, ll. 1-7.

⁴⁸ Vitr. 5 *praef.* 5.

⁴⁹ Vitr. 5 *praef.* 1.

quenza di Servio nei *libri ad edictum*, forse anche l'assenza di *auctoritates*⁵⁰: questa caratteristica dell'operetta, della quale la mole ridotta è una conseguenza, potrebbe ben spiegare la destinazione ad un non giurista⁵¹.

A questo punto, possiamo esaminare l'unica citazione che ne sopravvive⁵². La

⁵⁰ Può venir fatto di accostare l'aggettivo pomponiano al titolo *brevium (sic) libri* di un commento paolino all'editto (su cui SCHULZ, *Storia* cit., 349 s.), che si distingue dall'opera principale *ad edictum* dello stesso autore proprio per la concisione: ma il suggerimento potrebbe risultare, per Pomponio, anacronistico. Può essere significativo, sempre in tema di *brevitas*, il famoso Paul. 16 Plaut. D. 50.17.1 «Regula est quae rem quae est breviter enarrat ... Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur», da leggere, a sua volta, alla luce del collegamento che SCHIAVONE, *Il pensiero* cit., 37 instaura con la tecnica espositiva dei *libri iuris civilis* di Sabino (al quale risale, parzialmente, il pensiero esposto da Paolo).

⁵¹ Che la *brevitas* non attenga alla dimensione esteriore dei libri, bensì costituisca il presupposto del loro numero limitato, proprio come nel caso dell'*ad Brutum* di Servio, emerge con chiarezza dalle parole con cui Festo enuncia i criteri secondo i quali procederà ad epitomare l'opera di Verrio Flacco; tralasciando le glosse pertinenti a termini ormai del tutto desueti e redigendo le altre «quam brevissime», prevede di ottenere *libri admodum pauci* (Fest., 242.19 L.): «Cuius (scil.: Verrii) opinionem, neque in hoc neque in aliis compluribus refutare minime necesse est, cum propositum habeam ex tanto librorum eius numero intermortua iam et sepulta verba atque ipso saepe confitente nullius usus aut auctoritatis praeterire, et reliqua quam brevissime redigere in libros admodum paucos».

⁵² La riconduzione all'operetta dell'uno o dell'altro dei numerosi testi serviani che affrontano temi edittali, per quanto plausibile, è, evidentemente, sempre congetturale: si veda, comunque, la fine analisi di SANIO, *Zur Geschichte* cit., 64 ss. Rispetto a BREMER, *Iurispr.* I, 233 ss., meno selettivo di LENEL, *Pal.* II, 322 nt. 4 (cfr., criticamente, TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 36 nt. 195), potrebbero ancora aggiungersi (a titolo puramente speculativo), ad es., Ulp. 27 ed. D. 13.3.3 = Serv. 19 L. (sulla *condictio certae rei* EP § 95); Ulp. <5>7 ed. D. 47.10.15.32 = Serv. 80 L. (sull'*ed. ne quid infamandi causa fiat* EP § 193); Paul. 51 ed. D. 40.12.24.1 = Serv. 66 L. (sulla prescrizione delle azioni annuali, in relazione all'*ordinatio litis* nella *causa liberalis*, sebbene non abbia una connessione univoca con una disposizione edittale). Può apparire contraddittoria l'esclusione dai *libri ad Brutum* di Cic. *Fam.* 7.21 = Serv. 89 L., da parte di LENEL, *Pal.* II, 334, se si considera che egli incluse il medesimo testo fra le testimonianze dei *libri ad edictum* di Ofilio (v. *supra*, nt. 12). La caratterizzazione di essenzialità che mi è parso di dovere dare dei *libri duo ad Brutum* non rende probabile che vi trovasse posto lo squarcio sui precedenti storici dell'*ed. de bonis libertorum* riprodotto da Ulp. 42 ed. D. 38.2.1 pr.-1 = Serv. 59 L., in cui A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1986, 130 ss. scorge un esempio dell'attitudine di Servio alla «rappresentazione del mutamento» (l'ipotesi trova un precedente in SANIO, *op. cit.*, 65; v. anche A. SCHIAVONE, *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica*, in *Storia di Roma*, cit., II.1, 470; C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 94 s.); lo stesso A. (*Giuristi e nobili* cit., 135; *Id.*, *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica* cit., 471) ritiene, del resto, che i *libri ad Brutum* fossero un primo contributo ad un consolidamento del testo normativo del magistrato, piuttosto che un vero e proprio commento, per quanto segno di modernità e attenzione ai nuovi tempi.

si legge in Ulpiano, segno, quantomeno, della circolazione non eccessivamente ristretta che dovette avere lo scritto di Servio⁵³:

«*Nam et Servius libro primo ad Brutum ait si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo, in solidum eum teneri*»⁵⁴.

Ulpiano ricorre all'opinione del giurista repubblicano per illustrare, a livello casistico, la regola secondo cui il preposto a qualunque tipo di negozio è da considerarsi a ragione *institor*⁵⁵: tale è, per Servio, anche il sovrintendente all'isolato o il capo-fabbricato o chi sia incaricato del rifornimento di frumento, per i cui atti risponde in solido il preponente (ovviamente, nei limiti della *praepositio*). Nulla assicura circa la corrispondenza del contesto lemmatico in cui la citazione serviana è trasportata al contesto da cui è tratta e nemmeno la fedeltà della citazione stessa alla scrittura serviana⁵⁶. Dobbiamo accontentarci di constatare che nel testo

⁵³ Il fenomeno disturba il parallelismo che PEPPE, *Note all'editto di Cicerone* cit., 62 nt. 168 ha scorto fra l'opera di Servio e il *commentarius isagogicus ad Pompeium*, visto che quest'ultimo, come segnala lo stesso Varrone (*apud* Gell. 14.7.1), andò presto perduto. Sulla tradizione del pensiero di Servio, importante SANIO, *Zur Geschichte* cit., 77 ss., che dimostra la dipendenza dei commentatori severiani da Labeone; l'A. non prende però in considerazione il profilo della corrispondenza fra il contesto originario e quello finale.

⁵⁴ Ulp. 28 ed. D. 14.3.5.1 = Serv. 4 L. Sul testo, GUARINO, "Libri ad" cit., 769 nt. 10; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica* (II sec. a.C. - II sec. d.C.), Milano 1984, 68 s. (sul *praepositus frumento coemendo*, la cui attività è da intendersi continuativa), 70 (sull'*insularius* e l'*aedificio praepositus*, le cui figure sono da collegarsi all'attività di speculazione sugli immobili); N. BENKE, *Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, in ZSS 105 (1988) 597, 599; O. BEHREND, *Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolazionistischen Methode*, in *Index* 19 (1991) 176 s.; T.J. CHIUSI, *Landwirtschaftliche Tätigkeit und actio institoria*, in ZSS 108 (1991) 183. Data l'esiguità del termine di confronto, ogni induzione circa l'ordine dell'editto commentato da Servio sarebbe fuori posto: sia solo osservato che, ove si tenga conto della collocazione dell'*actio institoria* nell'editto giuliano (EP § 102), trovarla commentata nel primo libro è meno notevole del contrario. Dell'*institor* Servio parla anche in Pomp. 6 Sab. D. 33.7.15 pr. = Serv. 48 L., ritenendo che rientri nell'*instrumentum cauponae legatum*.

⁵⁵ Ulp. 28 ed. fr. 5 pr. D. eod.: «*Cuicumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*». È difficile sottrarsi all'impressione che la posizione della (circostanziata) citazione serviana risponda al desiderio di aprire l'esemplificazione con un nome autorevole.

⁵⁶ Per quanto riguarda il contesto, è da notare l'analogia di struttura con Ulp. 7 ed. D. 2.9.1.1 = Ofil. 4 L., esaminato *supra*, § 2. Per ciò che concerne la citazione serviana, quella labeoniana che segue immediatamente (fr. 5.2 D. eod.) ha andamento analogo (pur essendo meno caratteristica stilisticamente: v. *infra*, nt. seg.). L'omogeneità può fare pensare a un trattamento non neutro da parte di Ulpiano.

non c'è nulla che disturbi la descrizione dei *libri ad Brutum* in termini di essenzialità, di *brevitas* («*si brevitatis appellanda est, cum verbum nullum redundat*»: Cic. *De orat.* 2.326): anzi, dovendo giudicare da queste due righe, sembra che la si perseguisse attraverso una sintassi piuttosto ardita e senza allontanarsi molto dallo stile edittale⁵⁷.

4. L'editto come *lex annua*

Le opere di Servio e Ofilio rappresentano, per così dire, le colonne d'Ercole nella storia del genere edittale. Non c'è dubbio che, per Pomponio, esse segnino, nel loro ambito, un inizio. Per la prima volta l'editto del pretore assurge a tema autonomo della produzione letteraria dei giuristi romani. Non c'è ragione di dubitare del buon fondamento della valutazione di Pomponio, anche se può valere la pena cercare di precisarla, vale a dire, immergerla nell'esperienza giuridica tardo-repubblicana.

Purtroppo, il tentativo incontra due gravi difficoltà, che sono presto dette: al problema consueto della penuria e sporadicità delle testimonianze sul lavoro dei *iuris prudentes* repubblicani si aggiunge la carenza di informazioni sullo stato di avanzamento dell'editto. Le difficoltà, più che sommarsi, in questo caso, si moltiplicano.

L'editto, com'è noto, poteva essere definito una *lex annua*, era destinato, cioè, ad avere vigore per la durata della carica del pretore che lo aveva emanato⁵⁸. Inoltre, per sua natura, era uno «statuto in formazione»⁵⁹, nel senso che attraversò, prima di giungere alla sua forma finale, una lunga fase di accrescimento e aggiustamento: non nacque già adulto come capita ad una legge. Un'immagine cui è facile ricorrere per dare conto del duplice movimento è quella di Gellio intento a scorrere gli «*edicta veterum praetorum*» nella Biblioteca Ulpia e a chiosare curioso una clausola inconsueta⁶⁰. Nell'accumularsi di *edicta* nell'archivio si rispecchia,

⁵⁷ Il pronome che funge da soggetto dell'apodosi si riferisce non al soggetto grammaticale o logico della protasi, bensì al soggetto della relativa da questa dipendente («... *quis ... praeposuit*»); si noti anche l'ellissi del «*cum*» innanzi ad «*eo*». L'editto è ricostruito da LENEL, *EP* 3, 258 come segue: *quod cum institore gestum erit ... in eum qui eum praeposuerit iudicium dabo*.

⁵⁸ Cic. II *In Verr.* 1.109: «*Qui plurimum tribuunt edicto, praetoris edictum legem annuam dicunt esse ...*».

⁵⁹ L'espressione è di BRETONE, *Storia* cit., 187 (con riferimento alla condizione tardo repubblicana), 190 (con portata più generale).

⁶⁰ Gell. 11.7: non può dirsi, peraltro, completamente sicuro che con «*edicta veterum praeto-*

evidentemente, il rinnovamento annuo, l'avvicendamento fra l'editto del magistrato entrante e quello del magistrato uscente, destinato ad aggiungersi agli altri già archiviati⁶¹. Nell'affiorare di clausole insolite – quale quella relativa all'appalto dello sgombero dell'alveo dei fiumi, che attirò l'attenzione di Gellio –, si coglie, invece, una traccia del lungo processo di formazione: quella che incuriosì il lettore antico era una delle tante disposizioni che si erano affacciate ed erano scomparse nel corso della storia dell'editto.

La fluidità dei contenuti dell'albo rappresenta, di per se stessa, un problema storiografico non secondario, perché confligge con la prevedibilità che è carattere indispensabile di ogni ordinamento e che fu esigenza avvertita anche dai Romani⁶². Per la ricerca in corso, più in concreto, costituisce un notevole ostacolo. Infatti, solo conoscendo, almeno con discreta approssimazione, quale grado di complessità e stabilità abbia raggiunto l'editto in un dato momento della sua storia tardo repubblicana, si può valutare l'atteggiamento tenuto verso di esso dai giuristi coevi⁶³. Un significato riveste, per fare un esempio, l'assenza di un genere letterario dedicato specificamente ad esso quando l'editto era ancora primitivo ed effimero, altro la medesima assenza a fronte di un testo progredito e costante⁶⁴.

rum» si intendano (o si intendano esclusivamente) gli editti giurisdizionali annuali. Sulla disposizione che attrae l'attenzione di Gellio, contenuta «*in quodam edicto antiquiore*», in materia di appalto dello sgombero dell'alveo dei fiumi, v. ora B. ALBANESE, *L'«edictum vetus» su «Qui flumina retanda publice redempta habent»*, in *AUPA* 41 (1991) 17 ss.

⁶¹ A ragione BRETON, *Storia* cit., 143 nt. 72 giudica eccessiva la illazione che ne traeva WEIB, *Vorjulianische Ediktsredaktionen* cit., 256 s., di una forte instabilità dell'editto pregiuliano.

⁶² Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.10: «... magistratus iura reddebant et, ut scirent cives quod ius de quaque re quisque dicturus esset seque praemunirent, edicta proponebant» esprime, insieme, l'esigenza di stabilizzazione delle attese avvertita dai consociati e la funzione che l'editto assolveva al riguardo, ma entro ciascun anno (v. anche Cic. *Fin.* 2.74). L'esigenza si riproponeva nel lungo periodo: a proposito di una clausola *de mulierum hereditatibus* introdotta nell'editto urbano del 74 a.C., che ridava applicazione al divieto della *lex Voconia*, Cic. II *In Verr.* 1.111 mette bene in luce la necessità per i privati di calcolare il contenuto degli editti futuri, nel caso specifico per evitare l'invalidità dell'*heredis institutio*, calcolo che, in quell'occasione, portò a escludere che una simile disposizione sarebbe stata riproposta: «*ecquis inventus est postea praetor qui idem illud ediceret? Non modo nemo edixit, sed ne metuit quidem quisquam ne quis ediceret*». Il problema si ripresentava in altra forma, nel singolo anno, sotto il profilo della osservanza del suo proprio programma da parte del pretore: su questo aspetto del problema, che è il più studiato a motivo della *lex Cornelia* che intervenne a regolarlo, v. *infra*, nt. 123. Al tema accenna già F. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'Editto del pretore*, in *AA.VV.*, *La certezza del diritto*, cit., 96 ss.

⁶³ Si v., per l'enunciazione di un criterio metodico analogo, già SCHIAVONE, *Il pensiero* cit., 22, a proposito della valutazione dei *libri ad edictum* di Labeone.

⁶⁴ V. anche *infra*, § 8.

Purtroppo una storia dell'editto del pretore manca e, per quanto si moltiplichino gli auspici per una nuova indagine, la limitata informazione disponibile – com'è stato anche di recente rimarcato – precluderà sempre una dettagliata stratigrafia⁶⁵. Di conseguenza, ogni pretesa di ricostruzione analitica sarebbe, qui fuori luogo⁶⁶. Data la premessa, però, sarebbe scorretto rinunciare del tutto al tentativo di allestire almeno lo sfondo edittale su cui proiettare le testimonianze giurisprudenziali coeve.

Un tentativo per semplificare quanto più è possibile questo compito, senza svuotarlo del tutto di contenuto, è quello di individuare un momento nella storia

⁶⁵ H. DERNBURG, *Untersuchungen über das Alter der einzelnen Satzungen des prätorischen Edikts*, in *Festgaben für August Wilhelm Heffter zum III. August MDCCCLXXIII*, von L. HEYDEMANN, P. HINSCHIUS, J. BARON, H. DERNBURG, H. BRUNNER, J. BEHREND, Berlin 1873, 93 ss.; M. WLASSAK, *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena 1882, 110 ss.; FERRINI, *Intorno all'ordinamento dell'Editto pretorio* cit., 163 ss.; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte* (1892), I, rist. Aalen 1963, 215 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 38 ss.; F. v. VELSEN, *Beiträge zur Geschichte des edictum praetoris urbani*, Leipzig 1909, 9 ss.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 33 ss., 93 ss.; P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in ID., *Mélanges de droit romain. I. Histoire des sources*, Paris 1912, 67 ss.; ID., *Un document sur l'édit antérieur à Julien* cit., 177 ss. (su cui S. RICCOBONO, in *BIDR* 20 [1908] 106 ss.); E. WEIß, *Studien zu den römischen Rechtsquellen*, Leipzig 1914, spec. 113 ss.; F. PRINGSHEIM, *Zur Bezeichnung des hadrianischen Ediktes als edictum perpetuum*, ora in ID., *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1961, 102 ss.; WEIß, *Vorjulianische Ediktsredaktionen* cit., 249 ss.; M. LAURIA, *"Ius civile ius honorarium"* (1945), ora in ID., *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 382 ss.; M. KASER, *Zum Ediktsstil* (1951), ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli 1976, 256 ss., con *Nachträge* 258 s.; P. DE FRANCISCI, *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *RIDA* 4 (1950) 319 ss.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 408 ss.; G. MELILLO, sv. *edictum perpetuum*, in *NNDI* 6 (1964), 376 ss.; J.M. KELLY, *The Growth-Pattern of the Praetor's Edict*, in *IJ* 1 (1966) 341 ss.; P. FUENTESECA, *Investigaciones de derecho procesal romano*, Salamanca 1969, 67 ss.; A. WATSON, *The Development of the Praetor's Edict*, in *JRS* 60 (1970) 105 ss. = ID., *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, 31 ss. (cfr. O. BEHREND, in *ZSS* 92 [1975] 301 ss.; M. KASER, in *TR* 45 [1977] 161 ss.); A. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, in *ANRW* II 13 (1980) 62 ss., spec. 68 ss.; MANCUSO, *"Praetoris edicta"* cit., 307 ss.; M. KASER, *"Ius honorarium" und "ius civile"*, in *ZSS* 101 (1984) 66 ss.; W. SELB, *La fonction originale de l'édit du préteur: caractère politique ou acte normatif?*, in *Iura* 36 (1985) 115 ss.; ID., *Das prätorische Edikt: Vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, hrsg. H.-P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE, Wien-Köln-Graz 1986, 259 ss.; D. NÖRR, *Causa mortis. Auf die Spuren einer Redewendung*, München 1986, 146 s.; SERRAO, *Dalle XII Tavole all'Editto del pretore* cit., 51 ss., spec. 77 ss.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I* cit., 462 ss.; G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *AA.VV., Roma tra oligarchia e democrazia. Classi sociali e formazione del diritto in epoca medio-repubblicana*, Napoli 1989, 189 ss.; F. CASAVOLA, *La legislazione comiziale e l'editto*, in *Storia di Roma* cit., II.1, 515 ss.

⁶⁶ Spero di potere presto tornare sul tema.

dell'editto che corrisponda ad un passaggio cruciale nella storia della giurisprudenza e su di esso fissare la nostra attenzione. Il momento, da questo punto di vista, più significativo è senz'altro quello che corrisponde alla generazione precedente a quella di Servio, il giurista che, stando a Pomponio, redasse per primo un sia pur rudimentale commento all'editto.

In questo modo si potrà dare una risposta, sia pure grossolana, al quesito se l'iniziativa innovativa di Servio sia da porre in relazione con una precedente condizione di scarso sviluppo e di instabilità dell'editto⁶⁷.

5. L'editto prima di Servio: problemi di metodo

L'albo edittale era ancora in crescita nel momento in cui Servio esordì come giurista, cioè all'inizio degli anni Settanta del I sec. a.C.⁶⁸.

La formula *Octaviana*, prodromo dell'*actio quod (vi) metus(ve) causa* (EP § 39), prese il nome, con ogni probabilità, dal pretore del 79 a.C.⁶⁹.

⁶⁷ Proprio da una convinzione di questo tipo muove JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft* cit., 245: «Erst nachdem das tralatiasche Element das bewegliche überwunden hatte, und die praetorische Rechtssatzungen zu grösserer Stabilität gelangt waren, konnte eine fruchtbringende Bearbeitung derselben Platz greifen. Bis in die Zeit Ciceros bildete das Civilrecht durchaus die Grundlage des Rechtsstudiums und der juristischen Schriftstellerei, erst gegen die Wende des Jahrhunderts trat das praetorische Edict in den Vordergrund»; la premessa sembra presente a SCHULZ, *Storia* cit., 166; è resa nuovamente esplicita da AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma* cit., 376; è negata, a ragione come cercherò di mostrare, da TONDO, *Profilo II* cit., 384 s.

⁶⁸ La periodizzazione tiene conto dell'avvio relativamente tardivo di Servio alla professione, successivo al viaggio di istruzione a Rodi, nel 78/77: Cic. *Brut.* 151. Sulla questione – cui è pertinente l'aneddoto raccontato da Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.43, che non è successivo all'82 a.C., anno della morte di Q. Mucio, ma non può essere di molto anteriore, perché Servio era già versato nell'oratoria forense – v., per tutti, BAUMAN, *Lawyers in Roman Transitional Politics* cit., 4 s., che ipotizza che la nuova professione sia stata intrapresa da Servio prima del *cursus honorum*, che iniziò nel 74 e F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli 1993, 174 s. [qui, *supra*, p. 32] (che, a mio avviso, tende ad accentuare il rilievo dell'aneddoto pomponiano a scapito della notizia ciceroniana; tra i due testi non c'è forse la contraddizione che vi vede l'A., *op. cit.*, 175 nt. 15, se si intende il rimbrotto non come la causa diretta della conversione, ma un fattore che contribuì, nel tempo, a farla maturare; se, poi, dovessimo essere costretti a scegliere, sembrerebbe più meritevole di fiducia un testimone come Cicerone che l'aneddoto del lontano Pomponio, nel quale è facile sospettare l'intento di simboleggiare il passaggio di consegne fra i due grandi giuristi e, al tempo stesso, la natura conflittuale del loro rapporto scientifico. L'incontro è rivissuto simpateticamente da A. GUARINO, *Mucio e Servio*, Napoli 1994, 1 ss.). Si aggiunga che, come vedremo, il commento all'editto fu, comunque, scritto verosimilmente più tardi, verso il termine della sua vita.

⁶⁹ Cic. II *In Verr.* 3.152, Q. fr. 1.7.21. Sulla questione, v. la recente, ottima discussione di R.A. BAUMAN, *The Rape of Lucretia, "Quod metus causa" and the Criminal Law*, in *Latomus* 52

Anche l'*edictum quod quisque iuris in alterum statuerit* (EP § 8) fu escogitato probabilmente dallo stesso Cn. Ottavio⁷⁰.

Proprio mentre dobbiamo immaginare andasse maturando definitivamente la scelta di Servio, nel 76 a.C., il pretore peregrino promise il *iudicium de damno vi hominibus armatis coactisve* (EP § 187)⁷¹; il medesimo editto fu recepito nell'albo del pretore urbano al più tardi nel 71 a.C.⁷².

L'interdetto *de vi armata* (EP § 245) era considerato una reazione a quella *iniquitas temporum* che aveva suggerito nel 76 a.C. il nuovo giudizio *de damno* e, quindi, la sua prima emanazione non si deve scostare di molto da quell'anno⁷³.

(1993) 554 ss. La data della pretura del cos. 76 è, peraltro, congetturale (così come la datazione al 78 a.C. della pretura di L. Ottavio, cos. 75, talora proposto come autore della *formula Octaviana*, sulla base della sola prossimità cronologica).

⁷⁰ Cic. *Q. fr.* 1.7.21. Per l'identificazione di Ottavio con il Cn. pr. ?79 a.C., v. A. LINTOTT, *Violence in Republican Rome*, Oxford 1968, 129 s.; A. METRO, *La lex Cornelia de iurisdictione alla luce di Dio. Cass. 36.40.1-2*, in *Iura* 20 (1969) 519 ss.; FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 51; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, 47 nt. 21. La lezione «Cn.», tradata dai migliori mss., è respinta da D.R. SHACKLETON BAILEY (ed.), *Cicero, Epistulae ad Quintum fratrem et M. Brutum*, Cambridge 1981, 26 ad h. l., in base ad argomenti a loro volta confutati da BAUMAN, *op. loc. cit.* Ribadisce l'attribuzione al C., padre di Augusto, pr. 61, PALAZZOLO, *L'edictum "de albo corrupto"* cit., 601 nt. 28.

⁷¹ Cic. *Tull.* 8 s.; Asc., 65.20 St. Sull'ed. di M. Terenzio Varrone Lucullo v. da ult. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La "familia" nell'editto di Lucullo* (1981), ora in EAD., *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli 1992, 15 ss. con lett.

⁷² Cic. *Tull.* 7; si veda anche *Tull.* 42: «*praetores ... de vi et armis severum iudicium constituerunt nec ius et iniuriam quaeri nusquam putarunt oportere*», dove il *iudicium* è rappresentato ormai staccato dal suo inventore e inserito nel flusso del diritto pretorio. Per la datazione della *Pro Tullio* v. da ultimo FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 52 nt. 39.

⁷³ L'interdetto era contenuto nell'editto urbano del 71 a.C., anno cui risale verosimilmente Cic. *Tull.* 46: «*Age illud alterum interdictum consideremus, quod item nunc est constitutum propter eandem iniquitatem temporum nimiamque hominum <...>*»; cfr. *Tull.* 8-10. «Nunc» non è da prendere alla lettera, come se l'interdetto vi figurasse allora per la prima volta ("da poco" lo intende L. LABRUNA, *Nemici non più cittadini*, Napoli 1993, 83). Mi pare che ai fini della datazione debba considerarsi anche Cic. *Caec.* 40 dove l'oratore si domanda, facendo l'ipotesi che si ritenesse inapplicabile l'interdetto *de vi armata* al caso oggetto del dibattimento, «*quid neglegentius aut quid stultius maioribus nostris dici potest, qui ... actionem ... constituerint quae nequam satis verbis causam et rationem iuris amplecteretur?*»: come si vede, l'oratore non esita ad attribuire la formulazione dell'interdetto ai *maiores*. Al di là di una generica prossimità nel tempo dell'*int. de vi armata* e del *iud. de damno vi hominibus armatis coactisve*, che emerge da Cic. *Tull.* 46, non è, quindi, possibile stabilire un ordine di precedenza fra i due rimedi, come, invece, sembra fare FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 55 (v. però la riserva *ibid.*, nt. 48). Benché converga nel risultato, mi sembra forzata l'interpretazione di A. UBBELOHDE, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Serie dei Libri XLIII-XLIV. Parte quinta*, trad. it., dir. F. SERAFINI, P. COGLIOLO, C. FADDA, Milano 1907, 113 s., che legge «... *nunc est, constitutum* ...».

Le *formulae de dolo* (EP § 40; 277) segnarono un'altra novità di rilievo nell'albo, il cui merito è attribuito ad Aquilio Gallo, benché sia arduo precisare quando vi fecero ingresso⁷⁴.

Quando Servio era ormai nel pieno della sua attività comparvero⁷⁵ – se si accettano le attribuzioni tradizionali, anche se non indiscusse – l'azione Publiciana (EP § 60), del pretore del 67 a.C.⁷⁶, il *iudicium Cascellianum* (EP tit. XLIII), parto del giurista allievo di Servio⁷⁷ e, naturalmente, le due azioni che portano il no-

⁷⁴ Cic. Nat. Deor. 3.74, Off. 3.60 (il plurale «*formulae*» che ricorre in quest'ultimo testo solleva la questione se si debba attribuire a Gallo l'introduzione della sola formula di giudizio o anche dell'*exceptio* omonima). L'ipotesi che Gallo abbia escogitato le *formulae* come pretore del 66 a.C. non solo è revocata in dubbio dal fatto che egli quell'anno fu *quaesitor de ambitu* (Cic. Cluent. 147), ma muove da una visione riduttiva del contributo dei giuristi al progresso del *ius honorarium*: v., esattamente, WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 452 nt. 37; BREONE, *Storia* cit., 174; inclina, invece, ancora ad attribuire la novità all'anno della pretura PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone* cit., 46. L'accenno al *iudicium de dolo malo* contenuto in Cic. Nat. Deor. 3.74, nel quadro cioè di un dialogo ambientato nel 77 o 76, può costituire un argomento diretto per disgiungere la creazione della formula dalla pretura: in questo senso, v. ora D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., 175 s. [qui, *supra*, p. 32 s.]. Ai fini della datazione (e più in generale per la storia dei rimedi contro il *dolus*), è notevole anche Cic. Inv. 2.61: «oportebit ... videre utrum malitia aliud agatur, aliud simuletur», che evoca immediatamente la *definitio* di Gallo (Cic. Off. 3.60 = Aquil. 13 L.), ripresa da Servio (Ulp. 11 ed. D. 4.3.1.2 = Serv. 11 L.; cfr. 4 ed. D. 2.14.7.9 e, da ult., G. MACCORMACK, *Aliud simulatum, aliud actum*, in ZSS 104 [1987] 639 ss.). La testimonianza ciceroniana (su cui v. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 135 ss.; D'IPPOLITO, *op. cit.*, 175 nt. 18), che si trova in un contesto nel quale, ad illustrazione della *constitutio translativa*, viene spiegato il meccanismo delle *exceptiones* processuali, potrebbe indurre ad anticipare ulteriormente la data di introduzione (perlomeno) dell'*exceptio*.

⁷⁵ L'*actio ad exhibendum* è menzionata per la prima volta, nella nostra documentazione, in un'opinione attribuita (per il tramite di Mela) ad Aquilio Gallo: Ulp. 32 ed. D. 19.1.17.6 = Aquil. 2 L. A rigore, si deve ammettere la possibilità che l'istituto sia stato introdotto proprio durante l'attività di Servio: gli archi di vita di maestro e allievo si sovrapposero per lungo tratto (Gallo era ancora vivo nel 55 a.C.: Cic. Att. 4.12) e non vi è la possibilità di precisare in quale momento Gallo formulò il suo parere. Tuttavia, anche se non lo si può accertare con sicurezza, può apparire *a priori* poco probabile che la introduzione dell'*actio ad exhibendum* coincida a un dipresso con la sua prima menzione.

⁷⁶ Gai. 4.36. Per l'identificazione, v. per tutti WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 452 nt. 37 con lett.; adde A. BURDESE, *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, I, Milano 1991, 120. La datazione al 67 a.C. della pretura di Publicio è congetturale: BROUGHTON, *MRR* II, 150 nt. 3.

⁷⁷ Gai. 4.166a, 4.169. Nega, esattamente, che il nuovo *iudicium* sia da attribuire alla sua attività di pretore, quale Cascellio mai fu, W. KUNKEL, *Herkunft und Soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz-Wien-Köln 1967, 26 nt. 55, cui rinvio anche per la interpretazione di Val. Max. 6.2.12 su Cascellio compositore di formule (sul contesto in cui si situa quest'ultimo epi-

me dello stesso Se quella fittizia per i

Q. Mucio e Ser desimo albo, che. Nel perseguire le adottare come ind

sodio v. ora U. LAFFI, *ne della Repubblica* n Como 1993, 55): l'op lo dei giuristi nella fo Making cit., 32 (ma d Politics cit., 118 ss. b più possibilista V. So e gli Antonini, Napoli

⁷⁸ Per la paternità nt. 307; F. LA ROSA, I di C. Sanfilippo, VII, dictum Salvianum); co vi è nessun argomento divisibile solo se si im me lo stesso A., dall' cato una pura coincid la posizione giusta per zionandosi recependo nostante, si ritenga pu men e non dal gentili ristì successivi (e, gene tire dalla tarda Repub patrizie e dalle più ele Tac. Hist. 2.48 fa dire RE 2 A [1923] 1832 s

⁷⁹ Gai. 4.35.

⁸⁰ A parte le innov sono da ricordare l'im morte di Cesare e già bearb. u. hrsg. v. E. S testata, di una *formula* DA 3^e s. 34 [1987] 320 ult. A. CALORE, *La rim stamento romano*, Mila

⁸¹ Le novità introd ria a seconda che si as o, viceversa, fortemen embrionale, con vistos

me dello stesso Servio, quella a tutela del creditore pignoratizio (EP § 267)⁷⁸ e quella fittizia per il *bonorum emptor* (EP § 222)⁷⁹.

Q. Mucio e Servio, quindi, non ebbero davanti agli occhi, per così dire, il medesimo albo, che, del resto, anche dopo Servio rimase aperto ad alcune novità⁸⁰. Nel perseguire le minute variazioni dell'editto, si rischia, tuttavia, oltre che di adottare come indice di giudizio un fenomeno ambiguo⁸¹, di compiere una valu-

sodio v. ora U. LAFFI, *Poteri triumvirali e organi repubblicani*, in *Il triumvirato costituente alla fine della Repubblica romana. Scritti in onore di M.A. Levi*, a cura di A. GARA e D. FORABOSCHI, Como 1993, 55): l'opinione contraria muove, ancora una volta, da una visione angusta del ruolo dei giuristi nella formazione del *ius praetorium*. Ancora esitazioni, sembra, in WATSON, *Law Making* cit., 32 (ma cfr. *ibid.*, 101 s.) e, soprattutto, in BAUMAN, *Lawyers in Roman Transitional Politics* cit., 118 ss.; benché incline a seguire l'opinione di quest'ultimo A., è, opportunamente, più possibilista V. SCARANO USSANI, *Le forme del privilegio. "Beneficia" e "privilegia" tra Cesare e gli Antonini*, Napoli 1992, 37 ss. (in relazione a Val. Max. *loc. cit.*).

⁷⁸ Per la paternità serviana, v., di recente, KASER, *"Ius honorarium" und "ius civile"* cit., 66 nt. 307; F. LA ROSA, *La protezione interdittale del "pignus" e l'"actio Serviana"*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 286, 316 (con esatte considerazioni sulla priorità dell'*interdictum Salvianum*); *contra*, AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma* cit., 367, secondo cui «non vi è nessun argomento per assegnare la paternità a Servio Sulpicio Rufo». L'affermazione è condivisibile solo se si intende per argomento una prova diretta e circostanziata. Se si muove, come lo stesso A., dall'idea che l'*a. Serviana* sia successiva alla *Rutiliana*, non potrà essere giudicato una pura coincidenza il fatto che l'azione porti il nome di un giurista (cioè, di chi era nella posizione giusta per escogitare la formula) che visse in un'epoca in cui l'editto andava perfezionandosi recependo strumenti più duttili (come l'*a.* con finzione di erede). Qualora, ciò nonostante, si ritenga pur sempre una stranezza che il nome della formula sia derivato dal *praenomen* e non dal gentilizio, si consideri che proprio con il *praenomen* Servio è conosciuto dai giuristi successivi (e, generalmente, dai moderni): v. BAUMAN, *op. cit.*, 4 nt. 1. D'altra parte, a partire dalla tarda Repubblica questo prenome è praticamente abbandonato da tutte le famiglie patrizie e dalle più elevate fra le plebee, per essere mantenuto quasi esclusivamente dai *Sulpicii*. Tac. *Hist.* 2.48 fa dire ad Otone addirittura *Servii* per intendere *Sulpicii* (v. MÜNZER, sv. *Servius*, RE 2 A [1923] 1832 s.).

⁷⁹ Gai. 4.35.

⁸⁰ A parte le innovazioni, per lo più minute, raccolte da WATSON, *Law Making* cit., 56 ss., sono da ricordare l'introduzione della *formula in ius concepta* dell'*actio depositi* (successiva alla morte di Cesare e già conosciuta da Sabino: M. WLASSAK, *Rechtshistorische Abhandlungen*, bearb. u. hrsg. v. E. SCHÖNBAUER, Wien 1965, 65 ss.) e *commodati* (per l'esistenza, talora contestata, di una *formula in ius* v., da ult., R. ROBAYE, *Sanction judiciaire du contrat de gage*, in RIDA 3^e s. 34 [1987] 320) nonché i ritocchi alla disciplina edittale in materia di *b. p.* (su cui v. da ult. A. CALORE, *La rimozione del giuramento. "Condictio iurisiurandi" e "condictio turpis" nel testamento romano*, Milano 1988, 31 ss.).

⁸¹ Le novità introdotte nel I sec. a.C. sono, quantitativamente, limitate; il loro significato varia a seconda che si assuma che la nostra informazione in merito sia tendenzialmente completa o, viceversa, fortemente selettiva. In quest'ultimo caso, esse presuppongono un editto ancora embrionale, con vistose lacune; nel primo, confermano *a contrario* l'esistenza di una normazio-

tazione anacronistica, che intorbida, invece di chiarire, il contesto in cui emerse la nuova forma letteraria ad esso dedicata. Si rischia cioè di guardare all'albo con gli occhi di chi già ne conosce il punto d'arrivo, quasi in attesa che le sue dimensioni, a confronto con quelle finali, raggiungano la soglia che finalmente giustifichi l'accendersi dell'interesse dei giuristi. Così facendo si trascura il dato più importante, ossia la rappresentazione che dell'editto avevano i contemporanei, la quale, va da sé, non era influenzata da aspettative rispetto a ciò che stava ancora al di là dell'orizzonte e, altrettanto ovviamente, è determinante per spiegare, dal loro punto di vista, le scelte compiute dai giuristi.

Di tale rappresentazione, proprio per il periodo che ci interessa, è rimasta una preziosa memoria in due testi ciceroniani, del resto piuttosto noti, che vertono su due diversi caratteri dell'editto pretorio, la complessità (ossia la misura approssimativa delle sue dimensioni in ciascun anno) e la stabilità (cioè la tendenza alla trasmissione dei contenuti da un albo all'altro), che possono costituire validi parametri per formarsi un giudizio sintetico sull'editto di questi anni⁸².

ne pretoria quasi compiuta. È, in definitiva, l'altra faccia di un dilemma che si presenta anche a proposito delle notizie relative ad istituti dei quali non si conosce, neanche approssimativamente, la data di introduzione: si può tendere a fare coincidere la loro introduzione con la prima notizia di esistenza o, viceversa, ritenere che non vi sia una (stretta) relazione fra i due fenomeni. La difficoltà, nel caso delle innovazioni, potrebbe essere attenuata cercando di inferire dalla loro qualità quale fosse il quadro in cui si inserivano (v. già, per questa impostazione, WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 466). In proposito, una valutazione diversa potrebbe imporsi a seconda che si ritenga o meno che le *formulae de dolo* e *Octaviana* rappresentassero semplicemente una migliore traduzione in formula di clausole edittali già esistenti: esse presuppongono, comunque, rispettivamente, le azioni rispetto alle quali l'*actio doli* era sussidiaria e lo sviluppo della tutela pretoria del possesso. Per il resto, il *iudicium de damno* e l'*interdictum de vi armata* sono rimedi che si aggiungono, aggravandoli, ad altri già esistenti; il *iudicium Cascellianum* si inserisce in una procedura che risale agli albori del *ius praetorium*; antichi erano anche il procedimento di *bonorum venditio* e la tutela del pegno, in cui si iscrivono le formule di Servio. Più rilevanti le novità apportate dall'ed. *quod quisque* e, soprattutto, dal *Publiciano*.

⁸² Le opinioni degli studiosi, in proposito, continuano ad essere sensibilmente differenziate. Ad una estremità dell'arco su cui si distribuiscono le diverse opinioni si trova, ad es., WIEACKER, *op. cit.*, 464 s., che pone la crescita dell'editto fra la metà del secondo secolo e la metà del successivo, attribuendogli una relativa stabilità nei due secoli successivi (è l'opinione, come si vedrà, cui credo di dover aderire); secondo A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁹, Napoli 1993, 297 «col finire del periodo preclassico ed il procedere del seguente, avvenne che l'albo subisse, per opera dei magistrati che si succedevano, sempre minor numero di innovazioni e modificazioni, avviandosi cioè a diventare *tralaticium*» (cfr. ID., *L'ordinamento giuridico romano* cit., 364, ove si ammette che l'editto era già formato nell'ultimo cinquantennio del I sec. a.C., seppure aperto ad incrementi successivi); per CASAVOLA, *La legislazione* cit., 532, seguito da GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio* cit., 50 s., «di un *edictum perpetuum*, cioè legato all'anno magistratuale, ma divenuto *tralaticio* e finalmente fissato in un testo tendenzialmente stabile ... è

È opportuno ribadire che il tipo di fonti che sarà utilizzato non fornirà una descrizione in termini assoluti dell'editto agli inizi del I sec. a.C., che consenta di rapportarlo, ad esempio, all'editto cd. adrianeo⁸³, bensì restituirà la rappresentazione che dell'editto avevano i contemporanei. Abbinato alla scelta di concentrare l'attenzione su un circoscritto fuoco cronologico, questo modo di procedere consente di ridimensionare il compito che è stato assunto, di accertare quale fosse il testo edittale con cui si dovevano via via confrontare i giuristi repubblicani. Oltre a consentire di aggirare la scarsità di informazioni dirette sui contenuti dell'albo nella Repubblica, l'indagine sulle rappresentazioni dei contemporanei fornisce la base di giudizio più adeguata, in quanto non suscettibile di essere influenzata dalla conoscenza degli sviluppi successivi, per valutare in che modo le condizioni dell'editto possano avere influito sulle scelte dei giuristi coevi.

6. Complessità dell'editto prima di Servio

A proposito della complessità dell'editto può essere utilmente citato, pur nella sua indeterminatezza, Cic. *Rosc. Com.* 24:

«Fraudabat te in societate Roscius! Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis accommodatur. 25. Quae cum ita sint, cur non arbitrum pro socio adegeris Q. Roscium, quaero. Formulam non noras? Notissima erat ...».

molto improbabile si possa congetturare con qualche probabilità per l'epoca repubblicana»; all'estremità di quest'arco ideale è MANCUSO, *Praetoris edicta* cit., 307 ss. particolarmente deciso nel senso di negare che vi sia stato «in epoca repubblicana, un *edictum perpetuum de iurisdictione* inteso quale programma generale di giurisdizione valido per l'intero arco della magistratura proponente» (*op. cit.*, 308). L'A. formula la tesi che «l'attività edittale si risolvesse nella *propositio* di singoli *edicta*» (*op. cit.*, 315), relativi a materie specifiche e pubblicati autonomamente su tavole di legno; la pratica, instauratasi attorno alla metà del I sec. a.C. della «pitturazione» dei vari *edicta* sull'*Album*, ossia sulla parete imbiancata» (*op. cit.*, 324) avrebbe dato la spinta ad un «primo tentativo di razionalizzazione delle singole disposizioni edittali e, in ultima analisi, (ad) una loro «*ordinatio*»» (*op. cit.*, 325); solo con l'*ordinatio* giuliana l'*edictum* assunse la veste sotto la quale si è soliti considerarlo, di «complesso unitario e articolato di disposizioni pretorie» (*op. cit.*, 339). Contro questa tesi è decisiva la critica di BUTI, *Le formalità* cit., 177 nt. 144 e, soprattutto, di PALAZZOLO, *L'edictum "de albo corrupto"* cit., 598 ss.

⁸³ Al quale, intuitivamente, si riconoscono in massimo grado le due caratteristiche adottate come parametri, la complessità e la stabilità. Peraltro, anch'esso subì alcune aggiunte: era, cioè, soggetto a incrementi di complessità. A sua volta, la stabilità può convivere con una certa propensione al mutamento, nel senso che, nel lungo periodo, settori tratteggiati dell'editto furono, comunque, soggetti a ritocchi che ne alterarono più o meno profondamente la fisionomia.

Cicerone contesta all'attore l'infondatezza della pretesa che la somma richiesta in giudizio fosse dovuta in forza del rapporto di società. Per dare forza al suo argomento l'oratore ricorre ad una sorta di sillogismo: ci sono norme giuridiche e formule specifiche per ogni caso, in modo che nessuno possa sbagliare nell'individuare il torto subito o nello scegliere l'azione relativa; in particolare, il pretore espone formule calibrate sulle situazioni più varie, che fungono, a loro volta, da modello per la risoluzione delle controversie fra privati. In queste condizioni, non avere scelto la formula corrispondente, cioè l'*actio pro socio*, tanto più in quanto ben nota, bensì la *condictio certae pecuniae*, è di per se stesso ammissione dell'infondatezza della pretesa basata sul rapporto societario: «*Quo tu tempore illa formula uti noluisti, nihil hunc in societatem fraudis fecisse iudicasti*»⁸⁴.

La premessa su cui si fonda il ragionamento, come si vede, è che l'albo a metà degli anni Settanta⁸⁵ – cioè, per intenderci, poco dopo il ritorno di Cicerone e Servio da Rodi – contenesse una vasta scelta di formule, già in grado, stando alla rappresentazione che ce ne viene offerta, di coprire tutti i casi della vita⁸⁶.

⁸⁴ *Rosc. Com.* 24. Per la *condictio*, *ibid.* 10.

⁸⁵ Com'è noto, peraltro, l'anno della difesa di Roscio è discusso; alla datazione più diffusa, il 76 a.C., K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana*, Roma 1972, 142 preferisce il 69 o il 68, W. STROH, *Taxis und Taktik. Ciceros Gerichtsreden*, Stuttgart 1975, 149 ss., il 66 (ivi, 149 nt. 3 gli autori che propongono la datazione alta).

⁸⁶ V. già, per una lettura analoga, FUENTESECA, *Investigaciones* cit., 78 nt. 13. Il testo pare offrire la prova, incidentalmente, che già allora l'albo (cui allude «*expressae*», che ha il doppio significato di «create» e, in connessione con «*publicae*», «esposte»; per l'emendazione «*public(a)e*» si pronuncia WLASSAK, *Die klassische Prozessformel* cit., 15 nt. 28: la traduzione dell'avverbio con «*von Staatswegen*» – che non vuole peraltro negare la *propositio* – dipende, forse, da una accentuazione polemica della propria tesi) contenesse anche formule che non erano promesse da un editto introduttivo, come quelle di buona fede (fossero o meno considerate *actiones civiles*: v. *infra*, nt. 111); *contra*, VON VELSEN, *Beiträge* cit., 27 ss., in un contesto orientato a porre il passo a fondamento di una insostenibile ipotesi di sviluppo del processo formulare. Circa la complessità del *ius praetorium*, una portata ancora più ampia, nel suo tecnicismo, assumerebbe Pomp. 39 *Q. Muc. D.* 19.5.11: «*Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae idque utilitas eius legis exigit*» se potessimo attribuire il pensiero a Q. Mucio (resta comunque da accertare il significato che assume, nel contesto, l'espressione *a. in factum*): in senso affermativo si esprimono, da ultimo, A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios en hommenaje al profesor J. Iglesias*, I, Madrid 1988, 131 nt. 10; R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. BELLOCCI, Napoli 1991, 115 nt. 95.

Può valere la pena di segnalare (anche per scongiurare, o almeno rendere meno scontata, l'obiezione che quello di Cicerone sia un ragionamento asservito alle contingenti esigenze della difesa) che il medesimo motivo è da lui ripreso trent'anni dopo, in una sede teorica e in veste formalizzata:

«*Partitione tum sic utendum est, nullam ut partem relinquant, ut, si partiri velis tutelam, inscienter facias si ullam praetermittas; at si stipulationum aut iudiciorum formulas partiri, non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid*»⁸⁷.

Le formule dei giudizi⁸⁸, per la loro molteplicità, sono portate come esempio di *res infinita*⁸⁹, nella enumerazione delle cui *partes* sono tollerabili talune omissioni, che non invalidano necessariamente il procedimento definitorio, come accadrebbe, viceversa, in caso di preterizione di *partes* di una *res finita*⁹⁰.

⁸⁷ Top. 33. Sul testo, per quanto riguarda la tecnica definitoria che vi è illustrata, v. D. NÖRR, *Divisio und Partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin 1972, 46 s. e, con opinioni diverse, specialmente in merito all'oggetto della *partitio*, inteso come tutto unitario, da dividere nelle sue parti costitutive, oppure anche come classe, M. TALAMANCA, *Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano*, II, Roma 1977, 105 ss., spec. 154 ss.; v. anche G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in AUPA 39 (1987) 73 ss., spec. 107 ss. Per quanto riguarda, invece, il suo valore per la storia dell'editto, v. NÖRR, *Causa mortis* cit., 146.

⁸⁸ È probabile che anche per quanto riguarda le *stipulationum formulae* Cicerone pensi a quelle *in albo propositae*, benché il legame con la giurisdizione possa apparire meno sicuro che nel caso delle formule di giudizio.

⁸⁹ Cfr., per assonanza, Gai. 4.33, dove si parla di «*actiones ... innumerabiles*».

⁹⁰ Non si deve tacere che questo testo è meno determinante del precedente per ciò che riguarda la storia dell'albo pretorio, dato che, come già metteva in luce Wlassak, *Edict und Klageform* cit., 111 s. la *partitio* ciceroniana abbraccia potenzialmente tutte le formule, non solo quelle ivi *propositae*, ma anche quelle coniate di volta in volta, secondo le varie tecniche (la questione è influente anche sulla discussione circa l'individuazione del referente della *partitio*: v. anche *supra*, nt. 87). Da questo punto di vista, può essere avvicinato, oltre che a Cic. *Leg.* 1.14 («*quid hortaris? ... ut stipulationum et iudiciorum formulas componam?*»), dove è indubbio il riferimento all'attività cautelare privata), a passi come Pomp. 39 Q. *Muc. D.* 19.5.11 (testo *supra*, nt. 86) e Pap. 8 *quaest. fr.* 1 D. *eod.*: «*Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas quae in factum appellantur*», al di là, ovviamente, della portata che essi potevano assumere nel contesto originario. Ciò non toglie, ovviamente, che Top. 33 serva egregiamente a illustrare, se non le dimensioni dell'albo, la diffusione del processo formulare, un altro dato da non trascurare quando si indaga sulle motivazioni che possono avere spinto i giuristi ad un più diretto contatto con il *ius praetorium*.

7. Stabilità dell'editto prima di Servio

Se questo può valere per la complessità, per quanto riguarda la stabilità⁹¹ è importante una pagina scritta da Cicerone ancora prima di difendere Roscio, all'inizio degli anni Ottanta, vivente Q. Mucio⁹². L'apprendista oratore svolge un'impegnativa dissertazione di impronta aristotelica sulle *partes iuris*, che consisterebbero nel diritto che trae origine dalla *natura*, nel diritto che nasce dalla consuetudine e nel diritto stabilito in *leges*⁹³. Dopo aver spiegato che il diritto consuetudinario è quello confermato dalla lunga durata, per volontà dei consociati e senza bisogno di una *lex*, Cicerone scende nel dettaglio: afferma, innanzitutto, che vi sono alcuni

⁹¹ Il parametro descrive, come si è accennato, la tendenza di clausole e formule ad essere tramandate da un albo all'altro. La descrizione concerne, per ragioni dipendenti dalla scarsità della nostra informazione, più il contenuto delle clausole e delle formule che il loro tenore: peraltro (a parte la minore rilevanza che assume, da qualsiasi punto di vista la si guardi, la variazione degli enunciati rispetto a quella del loro contenuto), dall'indagine condotta da KASER, *Zum Ediktsstil* cit., 209 ss., spec. 213 ss. emerge una tendenza alla conservazione linguistica, pur nella ricerca di una sempre maggiore essenzialità; alla stregua di questa tendenza, non mi pare del tutto accettabile la affermazione di WATSON, *Law Making* cit., 34 secondo cui «the wording of the parts of the Edict was commonly subject to change».

⁹² Il *De inventione* fu scritto quando l'A. era *puer aut adulescentulus* (Cic. *De orat.* 1.5). Per la datazione al triennio 86-84, v., per tutti, KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana* cit., 70.

⁹³ Cic. *Inv.* 2.65: «... *ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem ...* 67. *Consuetudine autem ius esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consuerunt. Quedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt; quod genus pactum, par, iudicatum ...* 68. *Iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit ...*» (cfr. *Inv.* 2.160-162). Il passo rientra nella precettistica attinente alla *constitutio generalis* (che si ha «*cum et facto et facti nomine concesso neque ulla actionis illata controversia, vis et natura et genus ipsius negoti quaeritur*»: *Inv.* 2.62) *negotialis* («*quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam*»: *ibid.*). Sulle premesse filosofiche del testo, v., per tutti, BRETONE, *Storia* cit., 178 s. Sulla sua portata nell'ambito della teoria romana delle fonti del diritto, v. G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in *BIDR* 71 (1968) 88 ss.; NÖRR, *Divisio und Partitio* cit., 11 s. (appartiene ai «*systematische Kataloge*», nei quali si illustra «*Wesen und System*» des Rechts»), 88 ss.; ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris* cit., 47 ss. Per un confronto con *Rhet. Her.* 2.19-20, v. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano. I. "Pactum" e "iudicatum" in due testi retorici*, in *AUPA* 42 (1992) 5 ss. Per il tema della consuetudine in generale, v. la sintesi recente di L. BOVE, *La consuetudine nell'evoluzione del diritto romano. Rapporto provvisorio*, in AA.VV., *La coutume* (*Recueils Société J. Bodin*, 51), Bruxelles 1990, 91 ss.

istituti resi certi dal lungo tempo trascorso; aggiunge che appartengono al genere *consuetudine ius*⁹⁴ anche molti altri *iura*, dei quali la parte di gran lunga prevalente («*multo maxima pars*») è rappresentata da quegli istituti che i pretori sono soliti pubblicare per editto («*quae praetores edicere consuerunt*»)⁹⁵.

Come è stato da tempo messo in luce, quest'ultimo svolgimento della argomentazione ciceroniana rende una testimonianza molto precisa sul grado di stabilità assunto dall'editto giurisdizionale già all'inizio del secolo: era tale che gli istituti del *ius praetorium*, oggetto di reiterata proposizione, potevano essere ricompresi nel diritto consuetudinario⁹⁶. Poiché, tuttavia, specialmente in passato, è prevalsa del testo un'altra lettura, per così dire di verso opposto, secondo la quale Cicerone affermerebbe che i pretori sarebbero stati avvezzi a inserire nell'albo istituti già riconosciuti a livello consuetudinario, non sarà inopportuno rendere conto dei motivi che sostengono l'interpretazione qui seguita, cominciando dalla critica di quelli che si adducono in contrario⁹⁷.

⁹⁴ Si tratta, quindi, di una specie distinta rispetto ai «*iura ipsa iam certa propter vetustatem*»: lo impone «*et alia*», espressione che, a livello sistematico, prevale sulla correlazione «*quaedam ... quaedam*», che potrebbe suggerire una dicotomia. V., in questo senso, ALBANESE, *op. cit.*, 10 e nt. 11, 13; cfr., tuttavia, *op. cit.*, 13 nt. 26: «... i *iura ipsa iam certa propter vetustatem* (tra questi, massimamente, i *iura* rispecchiati nell'editto pretorio tralatizio) ...»; Z. VÉGH, *Ex pacto ius. Studien zum Vertrag als Rechtsquelle bei den Rhetoren*, in ZSS 110 (1993) 271 ss.

⁹⁵ Si aggiunga che «*Pactum, par e iudicatum* sono altri *genera* del *consuetudine ius*; ma non se ne chiarisce il rapporto con i *genera* precedenti» (così ALBANESE, *op. cit.*, 10 nt. 13).

⁹⁶ In questo senso, WLASSAK, *Edict und Klageform* cit., 8 s.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 39 e nt. 23; G. SCHERILLO, sv. *Consuetudine (diritto romano)*, in NNDI 4 (1959) 307 e nt. 4; CRIFÒ, *Attività normativa del senato* cit., 95 n. 1; L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976, 80 ss.; EAD., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti* cit., 44; GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano* cit., 381 (cfr. *op. cit.*, 365 ss., per la posizione dell'insigne A. in merito all'idea di *ius praetorium* autonomo); M. BRETON, *Die Rechtsnormen und die Zeit zwischen klassischer Tradition und modernem Bewußtsein*, in *Libertas. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, hrsg. O. BEHRENDTS u. M. DIESSELHORST, Ebelsbach 1991, 297 s. [v. ora ID., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1994, 56 ss.]; ALBANESE, *op. cit.*, 10 nt. 12, 13; TONDO, *Profilo II* cit., 384; GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio* cit., 49 s. (che, tuttavia, non trae dalla propria interpretazione la necessaria implicazione che l'editto doveva godere di una notevole stabilità al tempo in cui fu scritto il *De inventione*. Dal testo non si evince, naturalmente, che tutto il contenuto dell'albo fosse ormai tralatizio: è altrettanto evidente che, se lo fosse stato solo in minima parte, questo carattere non avrebbe potuto assumere un tale rilievo nella prospettiva di Cicerone).

⁹⁷ La lettura qui criticata, che risale almeno a Puchta, è sviluppata particolarmente da A. PERINCE, *Parerga X. Zum römischen Gewohnheitsrechte*, in ZSS 20 (1899) 127 ss.: «Für das prätorische Recht handelt es sich nicht darum, dass seine Sätze durch ständige Wiederholung in den Jahresedikten sich allmählich festsetzten und so eine Art Gewohnheitsrecht bildeten. Vielmehr hat das Edikt seine Ordnungen vielfach aus der schon bestehenden gewohnheitsmässigen Uebung ent-

L'opposta interpretazione, in definitiva, si regge solo sulla constatazione di generiche consonanze fra mentalità o principi giuridici dei Romani e istituti pretòri⁹⁸. Tali consonanze, quand'anche fossero provate più precisamente di quanto sia finora riuscito di fare⁹⁹, rivelerebbero, tutt'al più, un fenomeno che si può ammettere senza bisogno di alcuna speciale indagine, cioè che il pretore, nell'elaborare il *ius honorarium*, non si poneva in contrasto con mentalità e principi giuridici di cui egli per primo era portatore: il successo della sua attività normativa dipese, anzi, in gran parte, anche al di là della sua posizione costituzionale, dalla conformità dei suoi interventi al sentimento e ai bisogni della collettività¹⁰⁰. Che, dunque, il *ius honorarium* abbia potuto – in misura diversa nei diversi settori di intervento – appoggiarsi su prassi preesistenti, venutesi formando sia a livello sociale sia, più precisamente, giuridico, è pacifico¹⁰¹, così come, del resto non è infrequente che una *lex* – per considerare una fonte di produzione di altro tipo – abbia dato sanzione positiva a principi consuetudinari. Con ciò, tuttavia, non si fornisce alcuna dimostrazione che Cicerone nel *De inventione* alludesse proprio a questo fenomeno.

Il testo, in realtà, descrive il verso opposto della trasformazione, cioè il tramutarsi degli editti tralatizi in consuetudine. L'interpretazione mi pare trovi un sicuro fondamento sul piano semantico¹⁰². In un contesto volto a definire il *consuetu-*

nommen» (*op. cit.*, 128). V., poi, per tutti, L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, I, Napoli 1971, 29 e lett. *ivi cit.* (non direi, tuttavia, che M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*³, Napoli 1967, 77 secondo cui «*L'edictum praetoris* raccolse, pubblicò gli ... *iura* ... *quae praetores edicere consueverunt* ...», i quali si conservarono nella *vetustas*, la quale, a sua volta, rese *ius* la *consuetudo*» possa essere addotto quale sostenitore della precedenza della *consuetudo* sugli *edicta*). Adde, nel medesimo senso, ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris cit.*, 55 nt. 21; VÊGH, *Ex pacto ius cit.*, 274.

⁹⁸ V., specialmente, PERNICE, *op. cit.*, 128 ss.; cfr. anche ID., *Parerga X. Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebenes Recht*, in ZSS 22 (1901) 63 nt. 1.

⁹⁹ V., infatti, già PERNICE, *Parerga X cit.*, 128 che, dopo avere formulato l'assunto della precedenza della consuetudine sul *ius honorarium* (v. *supra*, nt. 97), ammette: «Das ist freilich nicht streng nachzuweisen».

¹⁰⁰ A ragione JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft cit.*, 193 e nt. 4 trovava espressione di questa conformità in Pap. 2 def. D. 1.1.7.1: «*ius praetorium est quod praetores introduxerunt ... propter publicam utilitatem*»; a torto, però, a mio avviso, la individuava anche in Cic. *Inv.* 2.67. Parla di «trasformazione frenata» da parte del pretore M. MARRONE, *Relazione di sintesi*, in *Roma tra oligarchia e democrazia cit.*, 266. Sulla «rivoluzione nella conservazione» che caratterizza la cultura giuridica nel suo complesso fra II e I sec. a.C., v. SCHIAVONE, *Il pensiero cit.*, 7 ss.

¹⁰¹ V., per uno spunto specifico in questa direzione, *infra*, § 8, a proposito della *cautio amplius non peti*.

¹⁰² L'argomentazione di tipo sistematico incontra, invece, gravi ostacoli, in un senso o nell'altro, connessi con la difficoltà di individuare esattamente i criteri che portano Cicerone a distinguere più *genera iuris* all'interno del *consuetudine ius*: di «fattori alquanto oscuramente esposti» parla, al riguardo, ALBANESE, *Brevi studi cit.*, 13.

dine *ius*, il dato lessicale che deve essere considerato di maggior spicco è senz'altro il verbo di cui *consuetudo* è il derivato, cioè *consuesco*. In *Inv.* 2.67 *consuevi*, nel suo valore di presente, designa una modalità dell'esercizio del *ius edicendi* da parte dei *praetores* («*edicere consuerunt*») ¹⁰³, non già un diritto di origine consuetudinaria, che lo preceda: non vi è ragione che possa consentire all'interprete di spostare il riferimento dall'uno all'altro dei profili. Cicerone identificava, dunque, nella reiterata pubblicazione per editto il fondamento dei *iura* che ne erano oggetto.

In altre occasioni, del resto, Cicerone ha modo di sfiorare il medesimo tema, rivelando nuovamente, da diversa angolazione, quale tipo di legame egli ravvisava fra il valore della normazione pretoria e la sua reiterazione.

È particolarmente significativo un brano della *Pro Caecina* dove si trova un esplicito richiamo alla *consuetudo* nell'ambito del *ius praetorium*. Dopo avere narrato i fatti in causa, Cicerone così espone il provvedimento emanato su richiesta del suo cliente:

«*His rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, "de vi hominibus armatis" sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret*» ¹⁰⁴.

Come si vede la *consuetudo* ha qui a che vedere, senza dubbio, con la ripetizione uniforme di provvedimenti pretori: in questo caso l'uniformità riguarda la formula dell'interdetto *de vi armata* (EP § 245.2), emanato come di regola «*sine ulla exceptione*», cioè, in particolare, senza l'*exceptio vitiosae possessionis* ¹⁰⁵. Benché manchi, dato il contesto, una teorizzazione del *consuetudine ius*, se ne trova descritto, senza possibilità di equivoci, l'elemento, per così dire, materiale. Fatte le debite proporzioni, se nel *De inventione* si fa riferimento a ciò che i *praetores edicere consuerunt*, qui si pensa a ciò che i *praetores interdicare consuerunt*.

Anche altrove emerge la medesima prospettiva, come là dove Cicerone si pronuncia sull'inopportunità del mutamento di disposizioni edittali, desumendola, oltre che da un'analisi del contenuto, dall'obiettivo suo porsi contro la tradizione. Nel libro *de frumento* della seconda azione contro Verre, l'oratore ricorre esplicitamente all'idea di *consuetudo*, definendo ripetutamente «*contra consuetudinem superiorum (scil.: praetorum)*» un editto introdotto *ex tempore* che imponeva ai

¹⁰³ Il plurale è di per se stesso significativo di una serie nel tempo.

¹⁰⁴ *Caec.* 23. Per i fatti in causa, v., brevemente, *infra*, § 9.

¹⁰⁵ Così intende il riferimento alla *consuetudo* in questo contesto G. NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"*, I, Milano 1965, 71, che richiama opportunamente *Caec.* 63: «*vim quae ad caput ac vitam pertineret restitui sine ulla exceptione (scil.: praetores) voluerunt*». Non si può del tutto escludere, peraltro, che la conformità alla *consuetudo* sia vista (anche?) nella concessione stessa dell'interdetto *de vi armata* in relazione alle circostanze di fatto.

coltivatori di promettere il *vadimonium* ovunque lo avesse richiesto il decumano¹⁰⁶.

La medesima impostazione torna più volte, con alcune varianti che ne confermano il modulo¹⁰⁷. Nel libro *de praetura urbana*, l'oratore inferisce l'equità della clausola relativa alla *bonorum possessio sine tabulis* dal dato obiettivo della sua reiterazione, che sostituisce un'analisi del contenuto:

«*Quare hoc (scil.: il tradizionale regime edittale della b. p. sine tabulis) sit aequissimum facile est dicere, sed in re tam usitata satis est ostendere omnis antea ius ita dixisse et hoc vetus edictum translaticiumque esse*»;

questa valutazione costituisce la premessa per criticare ogni tentativo di rinnovamento¹⁰⁸. Altrove, invertitesi le parti, per difendere una clausola contestata

¹⁰⁶ Cic. II *In Verr.* 3.38. Cfr. II *In Verr.* 3.51: «*consuetudinem omnium commutare*»; il medesimo pensiero, da un'altra angolazione, quella dell'*auctoritas*, è espresso in II *In Verr.* 3.48: «*quasi in eo sit iniquitas eius reprehendenda quod ... duriora edicta interposuerit, omnium superiorum auctoritatem repudiarit*».

¹⁰⁷ V. anche II *In Verr.* 1.104: «*Faciebant omnia cum pupilla, leges, aequitas, voluntas patris, edicta praetorum, consuetudo iuris eius quod erat tum cum Asellus est mortuus*» premessa alla critica di una nuova disposizione *de mulierum hereditatibus* che nel 74 a.C. ridava applicazione al divieto della *lex Voconia*, reso di fatto inefficace dalla sospensione delle operazioni di censo; II *In Verr.* 1.116: «*ius, consuetudinem, aequitatem, edicta omnium neglegit*» premessa alla critica di varie innovazioni verrine, in particolare attinenti all'*interdictum quam hereditatem* e alla *bonorum possessio sine tabulis* (sulla quale v. anche *infra*, nel testo). In entrambi i passi, sarebbe forzato individuare una relazione privilegiata fra *consuetudo* e *edicta*. L'oratore ricorre, piuttosto, ad accumulazioni di concetti, le cui relazioni non sono precisate. Proprio per questo, tuttavia, esse suscitano varie associazioni, incluse quelle fra *edicta* (si noti il plurale, a significare non solo una pluralità di disposizioni, ma la loro reiterazione) da una parte e *consuetudo* ed *aequitas* dall'altra (cfr. anche Cic. *Quinct.* 28: «*Quinctius interea contra ius, consuetudinem, edicta praetorum de saltu agroque communi a servis communibus vi detruditur*»).

¹⁰⁸ Cic. II *In Verr.* 1.114; cfr., per la conclusione, 1.117, dove si fa valere come elemento di critica, retrospettivamente, anche la mancata accettazione della novità da parte dei pretori successivi (v. già, per questa interpretazione, BREONE, *Storia* cit., 189 e nt. 120; ID., *Die Rechtsnormen und die Zeit* cit., 297 nt. 57). Analoga connessione fra *aequitas* e consuetudine pretoria è prospettata in Cic. *Quinct.* 9: «*Id accidit praetoris iniquitate et iniuria, primum quod contra omnium consuetudinem iudicium prius de probo quam de re maluit fieri*»; cfr. *Quinct.* 71: «*neque magistratus adhuc aequus inventus est neque iudicium redditum est usitatum*». Qui, tuttavia, il riferimento non è al *ius honorarium* versato nell'editto, bensì alla prassi dell'organo giurisdicente. Il convenuto fu costretto a concludere una *sponsio praeiudicialis* vertente su una circostanza infamante (l'aver subito per trenta giorni l'immissione del creditore nel possesso dei propri beni), invece di consentirgli di difendersi in un giudizio *de re*, cioè per l'accertamento del debito (è, in realtà, discutibile se e in che misura lo svolgimento del procedimento – cfr. riassuntivamente *Quinct.* 71, di seguito alla parte sopra riprodotta – si scostasse effetti-

Cicerone trae argomento proprio dalla sua natura tralatizia¹⁰⁹.

Del resto, che per Cicerone la reiterazione nel tempo fosse il carattere distintivo dell'editto, capace addirittura di evocarlo per sineddoche, si coglie nel modo in cui egli allude alla clausola *de pactis*: invece di fare cenno alla forma edittale, nel riferire i *verba* della clausola si limita a dire «*uti praetores solent*», allusione trasparente all'editto per il tramite di un suo carattere¹¹⁰.

Sebbene, insomma, Cicerone non torni sul rapporto fra *consuetudine ius* e quella che si può chiamare *consuetudo edicendi* dalla medesima angolazione da cui vi guarda nel *De inventione*, emerge, nei testi richiamati, il medesimo rapporto fra tempo e normazione pretoria che sottende la pagina giovanile. Il tempo non è la dimensione nella quale si consolidano i principi che, poi, il pretore accoglie nel suo editto, bensì la dimensione nella quale si succedono gli *edicta praetorum*, sia che ciò valga come una semplice constatazione (come a proposito dell'*edictum de pactis*), sia che ciò assurga – alla stregua del tradizionalismo romano – a valore, di modo che sia reputata equa una disposizione accettata da molti magistrati ed iniquo il suo cambiamento.

Può valere la pena di segnalare la ricorrenza della stessa idea anche fuori dell'opera di Cicerone, più per rimarcare la diffusione che per cercare di stabilirne la genealogia. Particolarmente significativo, benché non riguardi l'editto giurisdizionale pretorio, è un passo in cui Gellio, riferendo un'espressione stereotipa che distingue «*senatores quibusque in senatu sententiam dicere licet*», specifica che è tratta dall'«*edictum quo nunc quoque consules, cum senatores in curiam vocant, servandae consuetudinis causa tralaticio utuntur*» (3.18.7). Rispetto al *De inventione*, in un certo senso il meccanismo si fa più scoperto: l'editto consolare con cui era-

vamente dalla prassi). Sul tema dell'*aequitas*, v. R. MARTINI, «*Aequitas*» nell'editto del Pretore, in *La persona giuridica collegiale in diritto romano e canonico. Aequitas Romana ed Aequitas Canonica*, a cura di T. BERTONE e O. BUCCI, Roma 1990, 241 ss.

¹⁰⁹ Fam. 3.8.4: «*Diligentissime scriptum caput est, quod pertinet ad minuendos sumptus civitatum. Quo in capite sunt quaedam nova salutaria civitatibus, quibus ego magno opere delector; hoc vero ex quo suspicio nata est me exquisisse aliquid in quo te offenderem, tralaticium est*». Sicuramente, il richiamo alla tradizione, nel contesto, più che ad una difesa dell'equità della clausola, mira ad allontanare il sospetto di un intervento esclusivamente mirato ad impedire le *legationes* a Roma in lode del predecessore. È evidente, peraltro, che la clausola costituiva una novità rispetto all'editto esposto da quest'ultimo, il quale, di conseguenza (se dobbiamo credere a Cicerone: v. sulla questione, affermativamente, PEPPE, *Note sull'editto di Cicerone* cit., 19), si era allontanato, in quel punto, dalla (o meglio, da una) tradizione: il richiamo ad essa, quindi, esenta Cicerone da una giustificazione sostanziale della clausola. Si noti, del resto, il contrasto fra la difesa dei *nova* condotta sia pure genericamente sul piano del contenuto («*salutaria civitatibus*») e il semplice richiamo alla tradizione per la clausola che aveva suscitato i sospetti.

¹¹⁰ Cic. Off. 3.92.

no convocati i senatori viene consapevolmente reiterato, ancora ai tempi di Gellio, al fine di conservare la *consuetudo*. Comune con Cicerone è, evidentemente, l'idea che la *consuetudo* dipenda dalla ripetizione degli editti e non già che essa si formi e sussista indipendentemente da essa.

Riflessi di questa stessa concezione si colgono anche nella letteratura giuridica¹¹¹. Nelle *Sententiae* pseudo-paoline il fondamento dell'*actio iniuriarum aestimatoria* è trovato nei *mores*¹¹².

Una visione analoga sembra, poi, alimentare, sotterranea, il capitolo premesso da Ulpiano al commento dell'*actio tutelae contraria* ed affiorare nell'espressione «*praetor proposuit induxitque in usum*» che ivi si legge¹¹³. L'introduzione ulpiana

¹¹¹ Un problema più ampio, che qui può essere soltanto ricordato, è se proprio al progressivo allontanamento, nella coscienza comune, di taluni istituti dalla loro origine pretoria e alla correlativa conferma a livello di *consuetudo* si debba la loro ricezione nel *ius civile*, fenomeno che, sia pure da prospettive diverse, si ritiene sia avvenuto a proposito dei rapporti protetti da un giudizio di buona fede. Sul tema, per tutti, v. M. WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio. Eine rechtshistorische Untersuchung*, Jena 1879, 153 ss.; ID., sv. *actio*, in RE I (1894) 310 s.; MITTEIS, *Römisches Privatrecht* cit., 54 ss.; E. BETTI, «*Iurisdictio praetoris*» e potere normativo (1968), ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di G. CRIFÒ, Milano 1991, 591 ss., spec. 603 s.; KASER, «*Ius honorarium*» und «*ius civile*» cit., 83 ss.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 442 s., 449, 457 s. Da un punto di vista più generale, la questione della legittimazione del pretore alla produzione del diritto, della natura del *ius praetorium*, dell'atteggiamento dei giuristi è posta nuovamente sul tappeto con perspicacia da BEHREND, in *Index* 19 (1991) 172 ss. e TONDO, *Profilo* II cit., 376 ss.

¹¹² PS. 5.4.6-7, su cui v. già MITTEIS, *op. cit.*, 54 nt. 32; NÖRR, *Divisio und Partitio* cit., 12 nt. 43; BREONE, *Die Rechtsnormen und die Zeit* cit., 297 s. Non saprei accedere, invece, all'opinione di MITTEIS, *op. loc. cit.*, che ha ravvisato il medesimo pensiero in PS. 3.4a.7, ove a proposito del decreto di interdizione del prodigo, si dice che era emanato «*moribus*» dal *praetor*. A prescindere dal fatto che si ha qui a che fare non già con la reiterazione di una disposizione editale, bensì con la conservazione di una formula solenne, traspare, semmai, la concezione di verso opposto, secondo la quale il pretore avrebbe applicato un istituto delineatosi consuetudinarmente e poi regolato legislativamente: in questo senso depone la breve storia tracciata da Ulp. 1 *Sab. D.* 27.10.1 pr., nella quale i *mores* figurano anticipare la disciplina decemvirale (v., su questo testo, O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della "cura furiosi"*, Napoli 1984, 38 ss. con ampia lett.).

¹¹³ 36 ed. D. 27.4.1 pr.: «*Contrariam tutelae actionem praetor proposuit induxitque in usum, ut facilius tutores ad administrationem accederent scientes pupillum quoque sibi obligatum fore ex sua administratione. Quamquam enim sine tutoris auctoritate pupilli non obligentur nec in rem suam tutor obligare pupillum possit, attamen receptum est, ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur ex administratione scilicet. Etenim provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint*» (devo la segnalazione alla cortesia del prof. M. Breone). Il testo è difeso validamente contro sospetti di estese interpolazioni da G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1959, 46 ss., che, peraltro, non esclude che proprio l'espressione «*induxitque in usum*» possa

dà conto, piuttosto superficialmente, dell'anomalia rappresentata da un'azione che, con la sua *intentio* rapportata all'*oportere ex fide bona*, implica che possa sorgere sul piano del *ius civile* un'obbligazione verso il tutore a carico del pupillo, sebbene questi non abbia la capacità di obbligarsi senza l'*auctoritas* del primo e il tutore, a sua volta, non possa interporla *in rem suam*¹¹⁴. La tensione è risolta dal giurista ricorrendo a uno spunto tutto sommato esteriore, che sembra denunciare che non disponesse di particolari informazioni circa l'effettiva vicenda storica. Egli enfatizza il ruolo del pretore, cui attribuisce l'introduzione del rimedio («*proposuit*»)¹¹⁵, sulla

essere l'«innocente aggiunta di qualche glossatore», senza altra motivazione se non che si tratta di un costrutto che non ricorre altrove (*op. cit.*, 46 nt. 5). A prescindere dal fatto che l'*hapax legomenon* (soprattutto quando lo si ravvisa non in una forma lessicale o sintattica, ma, semplicemente, in una connessione di senso) non può essere assunto, di per se stesso, come indice di alterazione, mi pare che, nel caso in esame, l'espressione sia semanticamente vicina, ad es., a Plaut. *Most.* 114 s.: «*magna pars morem hunc induxerunt*» e Cic. *Rab. Post.* 8: «*Inducatur sane etiam consuetudo huius generis iudiciorum nova*», a testimonianza di come potesse rientrare fra le possibilità della lingua di un giurista classico.

¹¹⁴ Gai. 1.184, Inst. 1.21.3, 3.27.2, Ulp. 1 *Sab.* D. 26.8.1 pr., Ulp. 40 *Sab.* fr. 5 pr. D. *eod.*, Ulp. 40 *Sab.* fr. 7 pr. D. *eod.*; Lab. 5 *pith.* fr. 22 D. *eod.* V., per tutti, WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio cit.*, 137 s. e, più di recente, L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, 15 ss.

¹¹⁵ *Proponere* può essere usato anche in relazione ad azioni sicuramente civili, come segnala M. TALAMANCA, *Le fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in *Labeo* 17 (1971) 236, rinviando a Ulp. 15 *ed.* D. 5.5.1 pr. e 16 *ed.* D. 6.1.1 pr. Quest'uso promiscuo si spiega, evidentemente, con la nota circostanza che anche le azioni civili erano oggetto di *propositio* nell'albo. Ciò non esclude, però, che rimanesse percettibile una differenza fra le azioni semplicemente esposte nell'albo, ma che trovavano il loro fondamento al di fuori della *iurisdictio* del pretore, e le azioni e gli altri rimedi che al pretore dovevano, oltre alla pubblicazione, l'origine. Una traccia di questa consapevolezza da parte dei giuristi romani sembra potersi cogliere proprio nell'uso dell'espressione «*praetor proposuit*» che stiamo discutendo. In essa, il riferimento esplicito al pretore e l'uso del perfetto che rimanda puntualmente al momento della prima introduzione del rimedio, accentuano l'aspetto creativo dell'azione magistratuale. Viceversa, formulazioni impersonali del tipo «*si ... actione vellet ... experiri, esse propositam*» (Ulp. 11 *ed.* D. 4.2.9.3) o «*actiones, quae de universitate propositae sunt*» (Ulp. 16 *ed.* D. 6.1.1 pr.), descrivono genericamente la condizione obiettiva e durevole di tutti i rimedi di essere esposti nell'albo. Questa notazione stilistica trova una diretta conferma nel fatto che la locuzione «*proposuit praetor*» usata con riferimento ad azioni civili si trova solo in Ulp. 1<4> *ed.* D. 5.4.1 pr. (*hereditatis petitio*) e, con riferimento anche ad esse, in Gai. 4.47 (al presente); in tutti gli altri casi in cui ricorre, è riservata a rimedi onorari. In particolare, è riferita ad azioni pretorie in Ulp. 24 *ed.* D. 11.6.1 pr., Ulp. 36 *ed.* D. 27.5.1 pr. (se, come sembra, l'*a. protutela* è da considerarsi pretoria), Ulp. 79 *ed.* D. 43.4.4.3, Inst. 4.6.4, 4.6.8, cfr. Gai. 2.253; è riferita ad *exceptiones* in Paul. 71 *ed.* D. 44.4.1.1; è riferita a *stipulationes praetoriae* in Ulp. 7 *disp.* D. 45.1.52 pr.; è riferita ad *edicta* in Ulp. 5 *ed.* D. 2.7.1 pr., Ulp. 6 *ed.* D. 3.1.1 pr. («*titulum*»), Ulp. 11 *ed.* D. 4.4.1 pr., Ulp. 22 *ed.* D. 11.1.2, Ulp. 38 *ed.* D. 39.4.12 pr., Ulp. 66 *ed.* D. 42.8.1.1, Ulp. <6>2 *ed.* D. 43.4.1.1, Ulp. 38 *ed.* D. 47.6.1 pr.; cfr. Ulp. 38 *ed.* 38.1.2 pr., Ulp. 42 *ed.* D. 38.2.1 pr., Ulp. 55 *ed.* D. 39.4.1.2;

spinta di ragioni di utilità¹¹⁶, per poi associare l'origine pretoria – che doveva sembrargli contraddittoria rispetto alla natura civilistica dell'azione¹¹⁷ – all'accoglienza favorevole riservata nella prassi al nuovo rimedio («*induxit ... in usum*»). Quest'ultimo accenno si traduce, in definitiva, in un velato rinvio ad una legittimazione consuetudinaria. In questo senso, «*induxit ... in usum*» è da porre, a mio avviso, in relazione con il successivo «*receptum est ut tutori suo pupillus sine tutoris auctoritate civiliter obligetur (ex administratione scilicet)*», che ne costituisce lo svolgimento. L'impersonale «*receptum est*» evoca l'affermarsi del principio a livello giurisprudenziale, oltre che nella prassi, e suggella l'ingresso nella sfera del *ius civile*¹¹⁸.

cfr., per gli *interdicta*, Ulp. 68 ed. D. 43.14.1.1. Nell'esegesi di D. 27.4.1 pr., pertanto, si può assumere come più probabile del contrario, che l'espressione sia impiegata dal giurista nel senso consueto, che denuncia cioè l'idea dell'origine pretoria dell'istituto.

¹¹⁶ È sostanzialmente tautologico, in realtà, l'insistente richiamo alla funzione dell'azione, che, consentendo al tutore di ottenere il rimborso degli oneri economici da lui sostenuti, si sarebbe risolta in un incentivo sia ad assumere la gestione sia, in particolare, a compiere gli esborzi nell'interesse del pupillo.

¹¹⁷ La quale, corrispondentemente, non era introdotta da una clausola editale.

¹¹⁸ Per *ius receptum* nel senso di principio giuridico indiscusso, sentito come vigente e per i concetti cui si oppone, v. Gell. 12.13.3: «*Si aut de vetere iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituto dicendum esset, issem plane sciscitatum ad istos quos dicis (scil.: i giuristi)*». In lett., v. per tutti, A. PERNICE, *Parerga*. IX. *Der privatrechtliche Standpunkt in der Lehre der römischen Juristen*, in ZSS 19 (1898) 160 nt. 2; A.B. SCHWARZ, *Das Strittige Recht der römischen Juristen*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto*. Verona, II, Milano 1951, 123 ss., spec. 131 s. (cfr. *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, 201 ss., spec. 209 ss.); F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*. *Lezioni di diritto romano*², Torino 1993, 1 ss. Il *ius receptum* appartiene, tendenzialmente, alla sfera del diritto giurisprudenziale (così, per tutti, M. KASER, *Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre*, in Id., *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln-Graz 1986, 33 ss.); tuttavia, pur senza pretendere di affrontare nello spazio di una nota un tema così complesso, è opportuno distinguere (sulla scorta della impostazione di BONA, *La certezza cit.*, 134 ss.) due momenti della nomogenesi, quello della enunciazione del principio e quello della sua ricezione, non necessariamente entrambi esclusivamente interni alla giurisprudenza. Per quanto riguarda il primo di essi, quello dell'origine dei principi poi invalsi, il riferimento ad una opinione giurisprudenziale è abbastanza frequente, sia che ciò avvenga attraverso il riferimento esplicito ad una *sententia*, poi *recepta* (Ulp. 29 ed. D. 15.1.11.9, Ulp. 3<2> *Sab.* D. 24.1.7.8, Scaev. 6 *quaest.* D. 28.2.29.16, Maec. 15 *fideic.* D. 40.5.35, Pap. 2 *quaest.* D. 45.1.115.2; v. anche, con minor precisione, Pap. 9 *resp.* 40.5.23.3, Ulp. 4 *Sab.* D. 40.7.2.4) sia che ciò risulti agevolmente dal contesto (v., ad es., Lab. 2 *post. lav. ep.* D. 33.2.31, Ulp. 43 *Sab.* 41.1.23.3; v. anche Ulp. 62 ed. D. 1.9.1.1: «*Consulares autem feminas dicimus consularium uxores: adicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est nec umquam receptum*»). Per quanto riguarda, invece, il secondo momento della nomogenesi, quello della ricezione, in genere le fonti ne lasciano nell'ombra i protagonisti, limitandosi ad indicarli con estrema genericità, come in Nerat./Ulp. 32 ed. D. 19.1.11.8 («*ab omnibus receptum*»), Pap. 6 *quaest.* D. 22.1.2 («*vulgo receptum est ... cuius opinionis ratio redditur*»), oppure tacendoli del tutto (al più, sono sottolineati i motivi che hanno condotto ad accogliere

Tenuto conto delle differenze¹¹⁹, siamo, come si vede, in un ordine di idee non

una soluzione dissonante dalla *ratio disputandi*, in omaggio alla regola, enunciata da Paul. 54 ed. D. 1.3.14 = 50.17.141 pr., secondo cui «*quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*»; cfr. Paul. 70 ed. D. 50.17.162: «*quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi*»; così avviene in Paul. 19 resp. 1.5.12, Mod. 3 reg. 2.13.11, Paul. 1 manual. D. 8.4.18, Iul. 86 dig. D. 9.2.51.2 («*multa ... iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse*»), Ulp. 31 ed. D. 12.1.15 («*singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam*»), Afr. 8 quaest. D. 12.1.41, Pap. 9 quaest. D. 16.3.8 («*ex utilitate publica*»), Paul. 32 ed. D. 17.1.22.5, Afr. 8 quaest. D. 17.1.34 pr. («*benigne*»), Paul. 3<3> ed. D. 19.4.1.2, Treb./Paul. 2 aed. cur. D. 21.2.56.7 («*benignius*»), Ulp. 4 disp. D. 28.5.35 pr., Gai. 2 de leg. ad ed. pr. <urb.> D. 30.69 pr., Ulp. 20 Sab. 32.75, Iul. 55 dig. D. 35.1.24 («*iure civili*», cfr. Ulp. 77 ed. D. 50.17.161), Ulp. 52 ed. D. 39.1.5.4, Iul. 36 dig. D. 40.4.16 («*favore libertatis*»), Ulp. 27 Sab. D. 40.7.3.1, Paul. 54 ed. D. 41.2.1.14 («*utilitatis causa*»), Paul. 15 Sab. D. 41.2.32.2 («*utilitatis ... causa*»), Afr. 7 quaest. D. 41.2.40.1 («*propter utilitatem*»), Pap. 23 quaest. D. 41.2.44.1 («*utilitatis causa iure singulari*»), Paul. 15 Plaut. D. 41.3.15 pr., Pap. 23 quaest. D. 41.3.44.3 («*iure singulari*»), Paul. 3 Nerat. D. 41.3.47, Ulp. 71 ed. D. 43.26.4.3, Gai. 3 aur. D. 44.7.5 pr. («*Si quis absentis negotia gesserit ... sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones; ... utilitatis causa receptum est invicem eos obligari*»; il testo ha punti di contatto con D. 27.4.1 pr. – testo *supra*, nt. 113 – sia sul piano argomentativo sia su quello dei rapporti coinvolti; tuttavia manca in Gaio il riferimento all'*usus* e la concessione delle azioni è prospettata quale conseguenza e non quale premessa del riconoscimento dell'obbligatorietà reciproca della gestione), Gai. 27 ed. prov. D. 46.6.6 («*propter utilitatem*»), Paul. 18 Plaut. D. 48.19.20 («*commenticio iure*»). Nonostante il silenzio calato sulle modalità e gli attori della ricezione, talora si ha l'impressione che i giuristi (coerentemente alla dote di concretezza che viene loro riconosciuta) nell'individuare il *ius receptum* tengano conto di elementi ulteriori rispetto alla *communis opinio* giurisprudenziale e, in primo luogo, della prassi giudiziaria: Ulp. 39 ed. D. 2.1.14 («*Est receptum eoque iure utimur ut si quis maior vel aequalis subiciat se iurisdictioni alterius, possit ei et adversus eum ius dici*»), Ulp. 51 ed. 30.71.4 («*Cum alicui poculum legatum esset velletque heres aestimationem praestare ... non impetravit id a praetore. Alia enim condicio est hominum, alia ceterarum rerum. In hominibus enim benigna ratione receptum est, quod supra probavimus*»), vale a dire, la concessione all'erede confitente di un giudizio che gli consenta di liberarsi prestando l'*aestimatio officio iudicis* dello schiavo di cui non intenda privarsi per valide ragioni), Pap. 19 quaest. D. 35.1.73 («*in omnibus condicionibus, quae morte legatariorum finiuntur receptum est ut Muciana interponatur*»), Ulp. 53 ed. D. 39.3.3.3 («*Aquae pluviae arcedae non nisi eum teneri qui in suo opus faciat, receptum est eoque iure utimur*»), Marcian. 4 reg. D. 40.2.14 pr. («*Alumnos magis mulieribus conveniens est manumittere: sed et in viris receptum est*»). Sempre a proposito del momento della ricezione, è caratteristica (ma non illuminante) la indicazione che essa sia avvenuta *moribus* (del resto, è implicita in *recipi* l'idea di trasmissione e accoglienza, che è il processo nel quale consiste la tradizione): Ulp. 26 Sab. D. 1.6.8 pr., Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2 (dove si distinguono impedimenti alla funzione di giudice determinati da *lex, natura e mores* e solo a proposito di questi ultimi ricorre «*receptum est*»), Ulp. 32 Sab. D. 24.1.1; v. anche Iul. 84 dig. D. 1.3.32.1, dove si parla di «*leges ... iudicio populi receptae*» e si aggiunge «*receptum est ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*» (cfr. Gai. 3.82).

¹¹⁹ In Ulpiano si introduce il tema della ricezione, mentre in Cicerone si insiste sull'aspetto, per così dire unilaterale, della ripetizione nel tempo degli editti.

dissimile da quello di cui abbiamo trovato traccia in Cicerone, benché la consonanza sia da ricercarsi, più verosimilmente che in una consapevole adesione da parte del giurista a una teoria delle fonti quale quella delineata dall'oratore, nella combinazione, tutto sommato, come si è detto, artificiosa, di spunti di comune dominio nella riflessione scientifica.

Al termine del breve *excursus* richiesto dall'interpretazione di Cic. *Inv.* 2.67, si può concludere che la concezione che vede nella reiterazione degli editti un fattore del *consuetudine ius* non è solo l'unica che emerga da una corretta lettura del passo, bensì trova una conferma, sia pure indiretta, in opere diverse dello stesso Cicerone e – per quanto ciò possa valere – anche di altri scrittori, Gellio in primo luogo, dimostrandosi così, quantomeno, consentanea ad una mentalità diffusa.

Tornando al tema specifico della ricerca, Cic. *Inv.* 2.67 attesta che, all'inizio del primo secolo a.C. – quando Servio, coetaneo di Cicerone, era ancora *puer vel adolescentulus*¹²⁰ –, la stabilità raggiunta dall'editto pretorio era già tale da potere asurgere a suo carattere distintivo¹²¹.

Se a questo dato si associa quello, già registrato, relativo alla complessità che l'albo denunciava agli occhi di Cicerone solo pochi anni dopo, quando vi erano già «*formulae de omnibus rebus constitutae*»¹²², sembra difficile potere attribuire la nascita del nuovo genere letterario ad un decisivo incremento della normazione pretoria compiutosi negli anni che separano Servio da Q. Mucio: perlomeno, non sembra che di un incremento del genere i contemporanei avessero coscienza¹²³.

¹²⁰ Cic. *De orat.* 1.5, con riferimento al momento in cui Cicerone compose il *De inventione* (v. *supra*, nt. 92).

¹²¹ Come si è detto, vi sono anche prove dirette che l'albo fosse ancora aperto a innovazioni. Tuttavia, difficilmente l'idea di stabilità avrebbe potuto affermarsi se avesse riguardato solo una porzione minima dei suoi contenuti.

¹²² Cic. *Rosc. Com.* 24. V. *supra*, § 6.

¹²³ Non è da trascurare, fra i sintomi della centralità assunta dall'editto nell'amministrazione della giustizia, l'emanazione, nel 67 a.C., della *lex Cornelia*: sono da condividere, in proposito, le considerazioni svolte da A. TORRENT, *La "ordinatio edicti" en la politica jurídica de Adriano*, in *AHDE* 53 (1983) 17 ss. = *BIDR* 86 (1984) 37 ss. ed ora da B. ALBANESE, *Riflessioni sul "ius honorarium"*, in *Estudios en Homenaje al Profesor F. Hernandez-Tejero*, Madrid s. d., 10 (estr.), ivi, 1 ss. un rinnovato esame del provvedimento. Rassegna di ulteriore dottrina e fonti in P. PINNA PARPAGLIA, *Per una interpretazione della Lex Cornelia de edictis praetorum del 67 a.C.*, Sassari 1987, 13 ss., che, peraltro, tende a restringere la portata del provvedimento ai contratti di mutuo feneratizi (ma v., al riguardo, le rec. di G. PROVERA, in *SDHI* 54 [1988] 455 ss. e PALAZZOLO, in *Labeo* 37 [1991] 242 ss.). – Ovviamente, il raggiungimento di questa posizione centrale dovrebbe essere di molto anticipato se si dovesse dare credito all'emanazione già nel 168 a.C. di un *SCtum* «*uti praetores ex suis perpetuis edictis ius dicerent*», attestata dagli *Acta diurna*. I *fragmenta Dodwelliana* – questo è il nome con il quale sono noti gli estratti del giornale cittadino nel quale è registrato il *SCtum* –, sono, tuttavia, prevalentemente ritenuti un falso: v. M.

8. L'attenzione rivolta all'editto dai giuristi anteriori a Servio

Alla luce delle testimonianze tratte dalle sue opere giovanili, si può meglio apprezzare la nota affermazione di Cicerone – mediata da Attico –, successiva di circa un trentennio, secondo cui la *iuris disciplina* (nel senso di elementi primi, fondamentali) veniva allora prevalentemente attinta, come da una fonte, dall'editto del pretore, che aveva soppiantato, in questo ruolo, le XII Tavole:

«Cic.: ... *fons legum et iuris inveniri potest. Att.: Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam putas?*»¹²⁴.

Questa testimonianza della rilevanza cui era assunto l'editto alla metà del I sec. a.C. è perfettamente in linea con altre, – in parte già esaminate, in parte discusse più avanti in questo stesso paragrafo – che la precedono anche di molto nel tempo, a riprova che la situazione che essa descrive non doveva essere una novità dell'ultima ora. Ciò non ha impedito che la si considerasse alla stregua di un'esagerazione retorica e si cercasse di ridimensionarla, adducendo come motivazione che la pratica di commentare l'editto era allora all'inizio¹²⁵.

Una valutazione di questo tipo sembra nascere dalla inopportuna identificazione tra genere letterario e riflessione sull'editto¹²⁶. In effetti, benché Pomponio fac-

SCHANZ, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinian*, I⁴, Neubearb. von C. HOSIUS, rist. München 1979, 382.

¹²⁴ Leg. 1.17, su cui ora BONA, *La certezza del diritto* cit., 101 ss. e SCHIAVONE, *Il pensiero* cit., 10 che descrive il testo, a mio avviso esattamente, «come il segno di un intero percorso compiuto, che aveva ormai collocato l'attività del magistrato al centro della realtà normativa della nuova comunità imperiale». Il dialogo era pronto prima della partenza per la Cilicia, nel 51 a.C.: KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della repubblica romana* cit., 375.

¹²⁵ SCHULZ, *Storia* cit., 337. Un'allusione proprio ai libri *ad Brutum* è colta da BREMER, *Iurispr.* I, 231; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 68 nt. 34; BONA, in *Opus* 1 (1982) 415 s.

¹²⁶ Il brano non contiene, in realtà, un apprezzamento specifico sulle opere della giurisprudenza coeva. Esso si inserisce in un contesto volto a chiarire il carattere del dialogo, che era teorico e non pratico: «*Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quem ad modum caveamus in iure aut quid de quaque consultatione respondeamus*» (Leg. 1.17). Cicerone, quindi, si riferiva genericamente all'importanza che l'editto aveva assunto nella pratica del diritto e, correlativamente, alla sua marginalità rispetto ad un discorso, come quello che si accingeva ad intraprendere, con fini eminentemente teorici. Non manca, nello stesso contesto, un'allusione più precisa all'attività letteraria dei *iuris prudentes*: «*quo me vocas aut quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiorum et de parietum iure? an ut stipulationum et iudiciorum formulas componam? Quae et conscripta a multis sunt diligenter et sunt humiliora quam illa, quae a nobis expectari puto*». Anche questo brano è tacciato di genericità: v., in questo senso, TALAMANCA, *Costruzione*

cia rimontare a Servio ed Ofilio la nascita di libri dedicati appositamente al *ius praetorium*, ciò non significa necessariamente che solo allora nascesse l'attenzione dei giuristi all'editto ¹²⁷.

Prima di cercarne le tracce nei (rari) documenti del pensiero dei *iuris prudentes* anteriori a Servio e di redigerne l'inventario, è opportuno sottolineare che una impostazione tendente a fare coincidere l'esordio del genere letterario con la nascita dell'interesse dei giuristi per il *ius praetorium* può sembrare confermata da alcuni dei risultati più sicuri conseguiti dagli studi sulla giurisprudenza repubblicana.

In primo luogo, è ormai fuori discussione che solo con Servio fece irruzione nell'orizzonte della giurisprudenza il mondo degli scambi e della finanza ¹²⁸. È scontato, d'altra parte, vedere nell'editto lo strumento attraverso cui si intervenne per regolare le nuove realtà economiche e finanziarie ¹²⁹. Infine, sono state sottolineate l'adesione dei giuristi senatori, fino a Q. Mucio il pontefice, a modelli di vita rivolti al passato e la qualità omogenea delle *consultationes* che orientavano la loro attenzione nell'ambito della fenomenologia giuridica: fattori, questi, che dovevano avere non poco peso nel consolidare il disinteresse per le tematiche del *ius praetorium* ¹³⁰.

giuridica e strutture sociali cit., 17 nt. 14, secondo il quale nulla esclude che esso rinvii alle collezioni già note, nessuna delle quali, secondo l'A., sarebbe posteriore, a livello della nostra documentazione, all'opera di Manilio. È possibile che la nostra conoscenza sia, sul punto, compromessa: in ogni modo, un'altra opera di *Actiones*, generalmente preterita dagli studiosi, è nota attraverso Varr. L.L. 6.89: «*Cosconius in Actionibus scribit praetorem accensum solitum esse iubere, ubi ei videbatur horam esse tertiam, inclamare horam tertiam esse itemque meridiem et horam nonam*». Sull'autore (spesso identificato con l'A. di una vita terenziana citata da Suet. *Vit. Ter.* 5, p. 7 W.) e l'opera v. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft* cit., 89 nt. 2; GOETZ, sv. *Cosconius* nr. 11, in *RE* 4 (1901) 1669; H. FUNAIOLI, *Grammaticae Romanae Fragmenta*, I, Lipsiae 1907, 108 ss.; KRÜGER, *Geschichte der Quellen* cit., 63 nt. 1; SCHANZ, *Geschichte der römischen Literatur*, I⁴ cit., 584 s., 630.

¹²⁷ Lo sottolinea, di recente, F. HORAK, *Wer waren die "veteres"? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener*, hrsg. von G. KLINGENBERG, JOH. M. RAINER, H. STIEGLER, Graz 1992, 223.

¹²⁸ Per tutti, v. BONA, *Opus* 1 (1982) 414 ss.; M. TALAMANCA, *Développements socio-économiques et jurisprudence romaine à la fin de la République*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 777; SCHIAVONE, *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica* cit., 465; GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio* cit., 20 s.

¹²⁹ Si v. già, in generale, M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. a cura di P. ROSSI, II³, Milano 1974, 155 s.; cfr. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 16, 36 ss. Sull'orientamento del diritto pretorio alla trasformazione o alla conservazione, cfr. SERRAO, *Dalle XII Tavole all'editto del pretore* cit., 91, che inclina nel primo verso, e, nel secondo, PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione* cit., 189 ss.; è però opportuno sottolineare che le categorie di riferimento non sono, nei due saggi, perfettamente sovrapponibili.

¹³⁰ Su questo aspetto insiste TALAMANCA, *op. cit.*, 38 s. e ID., *Développements* cit., 778, criticato da GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio* cit., 35 s. L'esiguità della documentazione rende

Se a queste premesse si fa seguire il dato – segnalato da Pomponio – della nascita del genere edittale solo con Servio, sembrano darsi tutti gli elementi per concludere che l'attenzione della giurisprudenza verso l'editto nasca con questo giurista e i suoi *auditores*.

Pur trattandosi di premesse che, prese singolarmente, sono condivisibili, la loro risultante non è, in realtà, necessariamente quella prospettata. Innanzitutto, sembra muovere da una contrapposizione fra *ius civile* e *ius praetorium* troppo netta, che si direbbe riflettere il ventaglio dei filoni letterari classici, che, nell'epoca di cui parliamo, non era dispiegato: si rischia di scambiare per causa ciò che fu l'effetto. Dal punto di vista delle rappresentazioni coeve, il binomio *ius civile/ius praetorium* sembra, del resto, prendere piede proprio in questo stesso torno di tempo e non senza esitazioni¹³¹.

Inoltre, incide su questa valutazione, forse, una concezione angusta dell'editto, che lo identifica con i rimedi pretori in senso stretto, azioni in fatto, interdetti, *missiones*, *restitutiones*¹³². In realtà, l'editto rappresentava nel suo complesso la novità del processo formulare, una novità rilevante non solo per i rapporti la cui tutela rimase sempre affidata ai rimedi onorari e per gli istituti di *ius gentium* che fecero ingresso nel *ius civile* dopo avere trovato riconoscimento attraverso la *tuitio praetoris*, bensì per il complesso dei rapporti civilistici la cui tutela mutava di forma, con conseguenze notevoli sul piano sostanziale, se solo si pensi agli effetti raggiungibili attraverso il sistema delle *exceptiones*.

Più in generale, rischia di apparire contraddittorio attribuire alla giurisprudenza disinteresse per l'editto quando, a ragione, le si riconosce il maggior merito nella sua formazione: è stato detto efficacemente che «L'attività dei giuristi intorno all'editto del pretore in questi secoli è testimoniata dall'editto stesso da questo suo continuo crescere e a volte anche quotidiano modificarsi»¹³³.

difficile farsi un'idea del pubblico dei giuristi, al di fuori di ciò che delle *consultationes*, attraverso successive selezioni, è rimasto riflesso nella attività letteraria dei *iuris prudentes*. L'attenzione dedicata al *rusticanus* nell'episodio riferito da Cic. *De orat.* 1.239, collegata alla frequente constatazione che il *munus respondendi* consentiva di acquistare vasta popolarità fra gli elettori, lascerebbe, peraltro, intendere che non si procedesse con eccessiva selettività (cfr. Cic. *De orat.* 3.133: «*facere civibus suis omnibus consilii sui copiam*», detto di M'. Manilio). Sul tema v., per tutti, BREONE, *Storia* cit., 162 s. e, per un profilo particolare – il silenzio delle fonti giuridiche sui rapporti interni alle *societates publicanorum* – F. BONA, *Le "societates publicanorum" e le società questuarie nella tarda repubblica*, in AA.VV., *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo 1992, 45 ss.

¹³¹ KASER, «*Ius honorarium*» und «*ius civile*» cit., 74 ss.

¹³² Un'opportuna differenziazione in PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione* cit., 194 s.

¹³³ AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma* cit., 376. Cfr. anche SCHULZ, *Storia* cit., 102: «È

Senza sottovalutare la novità rappresentata dalle opere di Servio e Ofilio è, quindi, opportuno guardare al di là di esse per verificare se, effettivamente, il nuovo genere inauguri l'interesse dei giuristi per l'editto o se, viceversa, segni una tappa in un cammino iniziato da tempo.

La prima testimonianza utile è coeva, per così dire, all'inizio stesso della letteratura giuridica romana¹³⁴. Sesto Elio – e nella sua scia C. Druso – discusse un caso di mora del creditore nel seno di una compravendita¹³⁵. L'*arbitrium* che, stando all'opinione eliana accolta da Celso, consentirebbe al venditore di ottenere l'indennizzo delle spese sostenute per il mantenimento dello schiavo è, secondo l'interpretazione più plausibile, l'azione di buona fede concessa dal pretore a tutela del contratto consensuale di compravendita (EP § 110)¹³⁶. Il testo dimostra l'apertura di Sesto Elio, pur nell'ambito di un'opera ancora incentrata sulle XII Tavole, verso uno dei nuovi rapporti che andavano allora affermandosi nella prassi e verso la altrettanto nuova forma processuale pretoria, grazie alla quale esso trovava tutela¹³⁷.

fuori dubbio, sebbene sembri non esservi prova diretta, che i veri autori degli editti, pretorio, edilizio e provinciale furono i giureconsulti»; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1954, 329: «La scienza del diritto, da quando è diventata in Roma degna di questo nome, ha dunque costantemente esercitato il proprio pensiero sopra la materia dell'editto»; KASER, *Zum Ediktsstil* cit., 210; GUARINO, *La formazione* cit., 69; ID., *L'ordinamento giuridico romano* cit., 356: «non vi sono né possono esservi dubbi» sulla «straordinaria influenza esercitata anche e sopra tutto in questo campo dalla giurisprudenza: tanto ai fini della scelta delle soluzioni alternative più adeguate, quanto ai fini di una forte coerenza dell'azione magistratuale pur nel variare annuo dei suoi titolari». La tensione fra la centralità dei giuristi nella formazione del *ius praetorium* e nell'esercizio concreto della giurisdizione da una parte e la marginalità degli istituti pretori nel quadro della loro attività letteraria dall'altra è segnalata già da TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 37 (v. anche *supra*, nt. 130 per la proposta di soluzione); tuttavia, successivamente l'A., in *BIDR* 91 (1988) 853, sembra ridurre il peso dei giuristi nella formazione e applicazione del *ius praetorium*.

¹³⁴ Per i *Tripertita* come esordio di un'attività letteraria dei *iuris prudentes* che superasse le semplici raccolte di formule, v. gli AA. citati da F. SINI, «*A quibus iura civibus praescribebantur*». *Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1992, 131 nt. 2.

¹³⁵ Cels. 8 dig. D. 19.1.38.1 = Ael. 1 L. = Drus. 1 L.: «*Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitate posse servari Sextus Aelius, <Livius> Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia*» (l'integrazione è consigliata da E. FRAENKEL, *Zum Texte römischer Juristen*, in *Hermes* 60 [1925] 428). C. Livio Druso è il figlio del cos. omonimo del 147 a.C., fratello del Marco cos. del 112.

¹³⁶ Seguo l'interpretazione di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, I, Milano 1963, 49 ss.; v., con altra lett., TALAMANCA *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 26 nt. 51; KASER, «*Ius honorarium*» und «*ius civile*» cit., 25 s.; P. APATHY, *Mora accipiendi und Schadenersatz*, in *ZSS* 101 (1984) 193 ss.; SINI, «*A quibus iura civibus praescribebantur*» cit., 142 s.

¹³⁷ Per l'importanza della citazione, v. già BRENONE, *Storia* cit., 56 s. Una testimonianza press'a poco coeva del riconoscimento del nuovo rapporto basato sulla *fides* si ha in Plaut. *Mo-*

Tralascio la prassi cautelare riflessa nei formulari catoniani predisposti per *actiones*, che pure, secondo l'interpretazione più diffusa, dovevano dare luogo ad effetti obbligatori secondo lo schema della compravendita, della locazione (EP § 111) e della società consensuale (EP § 109)¹³⁸.

A proposito di Catone¹³⁹ (se il Censore stesso o Liciniano, non si può stabilire ed è questione, qui, relativamente poco importante)¹⁴⁰, è, invece, opportuno so-

st. 670 ss., su cui, convincente, W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schulrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar 1939, 13 ss. Naturalmente, sarebbe azzardato sostenere, sulla scorta di questa sola opinione eliana, che fra le *actiones* raccolte nei *Tripertita* vi fossero anche *formulae iudiciorum*. Inoltre, non si può dire se l'*arbitrium* noto a Sesto Elio ricalcasse esattamente la formula a noi familiare; di sicuro, l'*intentio* della formula era perfettamente sviluppata quando per la prima volta se ne ha notizia più precisa, cioè all'epoca di M. Catone, morto fra il 95 e il 91: Cic. *Off.* 3.66. Il ricordo della controversia decisa dal padre dell'Uticense in veste di *iudex* dà modo, inoltre, a Cic. *Off.* 3.65 di attestare la conquista da parte dei *iuris consulti* delle generazioni a cavallo fra II e I sec. a.C. del principio della responsabilità *iure civili ex empto* per la reticenza dei vizi occulti relativi alla condizione giuridica dei fondi (v., di recente, H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, II, Milano 1991, 614); la possibilità che Cicerone possa avere attinto sul punto ai *libri iuris civilis* di Q. Mucio è vagliata da F. BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, a cura di G.G. ARCHI, Milano 1983, 232 ss., spec. 233 nt. 65; cfr. ID., *La certezza cit.*, 143 s.

¹³⁸ Agr. 144-150. V., di recente, M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, in AA.VV., *"Contractus e pactum". Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli 1990, 50 ss., ove si trova anche un richiamo alla diversa portata che poteva assumere il *consensu contrahi* in quest'epoca rispetto alla metà del I secolo. Su Ulp. 1 *ed. aed. cur.* D. 21.1.10.1 = Cato 3 L., v. ID., *Costruzione giuridica e strutture sociali cit.*, 20 nt. 53.

¹³⁹ Dalla citazione che ne fa Gell. 10.23.4, non traspare in quale tipo di giudizio si dispieghino gli ampi poteri di valutazione del comportamento della *mulier* descritti nell'orazione *de dote* da Catone il censore (probabilmente un *iudicium domesticum*, secondo A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Köln-Wien 1969, 72 e gli AA. cit. *ibid.* nt. 5; adde G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della "patria potestas"*, Milano 1984, 97 nt. 10. S. TREGGIARI, *Roman marriage. "Iusti Coniuges" from the Time of Cicero to the Time of Ulpian*, Oxford 1991, 269 pensa, invece, ad una rappresentazione tendenziosa di Catone e, comunque, non ha remore a considerare già esistente allora l'*a. rei uxoriae*, il cui esperimento avrebbe potuto portare a contraddire le decisioni dell'ex-marito, mentre, a detta della A., *op. loc. cit.* «Cato himself would have liked the husband's dispositions to be final»). Interventi giurisprudenziali riferibili con maggiore sicurezza al nuovo giudizio compaiono in Paul. 5 *quaest.* D. 24.3.44 pr. = Cato 4 L. (SÖLLNER, *op. cit.*, 48 s. difende la lezione «Cato»); Iav. 6 *post. Lab.* D. 24.3.66 pr. = P. Muc. 1 L. (cfr. Plut. *C. Gr.* 17.5; sulla questione, da ultimo, R.A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics*, München 1983, 286 s.). Per la *conceptio* della formula, v. Cic. *Top.* 66; *Off.* 3.61.

¹⁴⁰ Sull'enigma, insolubile, v. A. GUARINO, *Catone giureconsulto*, in ID., *Iusculum iuris*, Napoli 1985, 69 ss., che non esclude la possibilità di un'attività in comune.

fermarsi su una nota *distinctio* che gli è attribuita, a proposito del regime della *stipulatio poenae* nel caso della successione di una pluralità di eredi in luogo del promittente¹⁴¹. Il dato interessante è che Catone, come esempio di *stipulatio* la cui *commissio* dipende dal realizzarsi di un comportamento divisibile, porta la *cautio amplius non agi*. Tale *cautio* si trova in un evidente, per quanto problematico, rapporto con la *cautio ratam rem dominum habiturum* esposta dal pretore (EP § 289). La notizia catoniana è talmente circoscritta da impedire, a mio avviso, di capire se il giurista traesse il suo esempio, la *cautio amplius non agi*, dall'albo¹⁴² oppure lo ricavasse dalla sua esperienza cautelare¹⁴³. Naturalmente, anche se si esclude che,

¹⁴¹ Paul. 12 Sab. D. 45.1.4.1 = Cato 1 L.: «Cato libro quinto decimo scribit poena certae pecuniae promissa si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum de quo cautum est individuum sit, veluti "iter fieri", quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur; at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti "amplius non agi", tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere ...». Sul testo, per tutti, R. BONINI, *Obbligazioni indivisibili e clausola penale*, in AG 161 (1961) 113 ss.; F. GUIZZI, *In tema di origini della "cautio de rato"*, in Labeo 7 (1961) 336 ss. La sua importanza, in quanto rappresentativo del livello argomentativo raggiunto dai *iuris prudentes* anteriori a Q. Mucio, è sottolineata da F. WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur Griechisch-hellenistischen Theorie*, in Iura 20 (1969) 459 e TALAMANCA, *Développements* cit., 782.

¹⁴² La trasformazione dell'editto orale in documento scritto esposto su *tabulae dealbatae* durante l'anno di carica dell'emittente è sicura a partire da Cic. Rosc. Com. 24 (testo *supra*, § 6); essa sembra, comunque, già presupposta dalle notizie relative all'*edictum Asiaticum* di Q. Mucio (Cic. Att. 6.1.15).

¹⁴³ Contro l'assimilazione della *c.a.n.a.* alla *c.a.n.peti* si possono fare valere i seguenti motivi (sviluppati particolarmente da GUIZZI, *In tema di origini* cit., 336 ss.): a) nell'esempio catoniano, la *cautio* non è prestata dal *procurator* (EP § 32), ma dal *dominus litis*. a') In contrario si può osservare, da una parte, che per mettere in luce la posizione dei successori e per mantenere il parallelismo con la *stipulatio ire (agere)* questa era l'applicazione che meglio si prestava all'esemplificazione; d'altra parte, la prestazione della *cautio* da parte del *dominus litis* è fenomeno frequente anche in epoca nella quale la *cautio* stessa (quale clausola di quella *de rato*) era sicuramente esposta nell'editto: si vedano gli esempi raccolti da G. SEGRÉ, *Le obbligazioni divisibili e indivisibili*, II, Torino 1933, 141, con indicazioni da correggere in D. 4.2.14.13 e D. 19.2.25.5; b) il verbo *agi* rinvia al processo *per l. actiones* e, in ogni caso, si allontana dalla terminologia pretoria (*peti*). b') Contro questo argomento, si consideri, in primo luogo, che variazioni nella *conceptio* delle formule pretorie sono fenomeno ben documentato e, in secondo luogo, che *agi* ritorna in Cels./Ulp. D. 9.2.27.14, in contesto formulare (non mi è chiaro il riferimento di GUIZZI, *op. cit.*, 337, al «finire della repubblica»); c) un'altra differenza rispetto alla formula pretoria c.d. adrianea non mi pare, invece, sia stata notata: stando alla relazione paolina del testo di Catone, la *poena* era *certae pecuniae* e non rapportata al *quanti ea res erit*, come nella formula pretoria. Anche qui, tuttavia, non si può escludere un'evoluzione, la quale, anzi, in linea generale, è stata prospettata da M. KASER, *Die Stipulationsklausel "quanti ea res erit"*, in ZSS 90 (1973) 184 ss. (v. anche R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertrags-*

in quel tempo, la *cautio* fosse già esposta nell'albo, il testo mantiene interesse, quale testimonianza di come il pretore potesse attingere ad un patrimonio di *conceptiones verborum* foggiate dai giuristi per i bisogni della prassi¹⁴⁴.

Venendo alla generazione di coloro che «*fundaverunt ius civile*», lo stesso Celso riferisce dell'interesse di M. Giunio Bruto e di un Mucio per la sorte della vendita (forse di un fondo) con *in diem addictio*, effettuata da una pluralità di soggetti: ciascuno dei venditori – questa è la loro opinione – era libero di accettare o meno la migliore offerta, con il risultato che se, mentre gli altri l'accettavano, uno l'avesse rifiutata, il contratto con il primo compratore sarebbe rimasto in vigore per la quota di questo¹⁴⁵.

P. Rutilio Rufo, che ha la prerogativa di essere il primo giurista-pretore cui vengono attribuite innovazioni edittali¹⁴⁶, si occupò dell'*interdictum de arboribus caedendis*, nella sua versione a tutela delle *aedes* (EP § 259.1), per chiarire la portata di *adimere*: secondo Rutilio, il proprietario dell'edificio ha facoltà di esigere il taglio integrale dell'albero imminente e non solo della parte che sporge sull'immobile¹⁴⁷.

strafe, Köln-Wien 1976, 57 ss.), alla cui teoria, dunque, il testo in esame potrebbe fornire ulteriore (e diretta) conferma.

¹⁴⁴ Sui rapporti fra normazione pretoria e prassi v. anche *supra*, § 7.

¹⁴⁵ Ulp. 28 *Sab. D.* 18.2.11.1, 13 pr. = Brut. 6 L. = Q. Muc. 36 L.: «... *Sabinus ait si tribus vendentibus duo posteriori addixerint, unus non admiserit adiectionem, huius partem priori, duorum posteriori emptam ... Celsus quoque libro octavo digestorum refert Mucium Brutum Labeonem quod Sabinum existimare*». Sul testo v., per tutti, TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 20 s. Quanto all'identità del Mucio che vi è ricordato, è Publio secondo BRETONNE, *Tecniche ed ideologie* cit., 266 nt. 34; è il figlio secondo TALAMANCA, *op. cit.*, 21 nt. 61.

¹⁴⁶ Fu pr. urb. ca. nel 118 a.C. Nel suo albo figuravano: a) la *bonorum venditio* (EP tit. XXXIX) e in particolare la *formula Rutiliana* (EP § 218) per e contro il *bonorum emptor*, con trasposizione di soggetti: Gai. 4.35; cfr. *lex agr. tab. Bemb.* 56, *Rhet. Her.* 4.33, Cic. *Quinct.* 30, 49-51, *Font.* 10 (= Quint. 6.3.51), *Att.* 1.1.3, 6.1.15; sul tema, v. da ult. V. GIUFFRÈ, *Sull'origine della "bonorum venditio" come esecuzione patrimoniale*, in *Labeo* 39 (1993) 317 ss.; b) l'*edictum de operis libertorum* (EP § 140): Ulp. 42 *ed. D.* 38.2.1.1. Per l'identificazione del Rutilio nominato da Ulpiano con il cos. 105, v. ora MASI DORIA, *Civitas operae obsequium* cit., 97 ss.; v. anche *ibid.*, 130 ss. a proposito dell'*ed. de bonis libertorum* (EP § 150), che soppianta la *societas Rutiliana* probabilmente nel primo quarto del secolo successivo (v., in particolare, Cic. II *In Verr.* 1.125-6, a. 74 a.C. Da Asc., 58.23 St. sembra che il pretore del 78 a.C. rifiuti, contro il proprio editto, la *bonorum possessio* a favore del patrono; così A. LINTOTT, *Cicero on praetors who failed abide by their edicts*, in *CQ* 27 [1977] 184 ss., che inclina verso la *b.p. contra tabulas*); c) l'*a. pro socio* (che non doveva, peraltro, essere una novità): arg. Ulp. 42 *ed. D.* 38.2.1.1.

¹⁴⁷ D. 43.27.1.2 Ulp. 71 *ed.* = Rutil. 3 L. In tema di alberi sul confine, v. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. II. La proprietà*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano 1966, 332 s. Non è sicuro in che veste Rutilio si sia pronunciato: non sono ricordati libri da lui scritti. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 24 nt. 89, in un contesto volto a circoscri-

Si tratta dell'esempio più antico dell'attenzione di un giurista che possa dirsi rivolta direttamente ai *verba edicti*¹⁴⁸.

Con Q. Mucio le testimonianze si ispessiscono. Del resto, che all'inizio del I sec. a.C. fosse già compiuto il rodaggio del nuovo processo si arguisce dalla scena di vita giudiziaria di cui, in un dialogo ciceroniano, L. Licinio Crasso dichiara di essere stato testimone come assessore del pretore urbano Q. Pompeo Rufo, vale a dire nel 91 a.C.¹⁴⁹. Dall'esempio che Crasso adduce della vergognosa ignoranza in punto di diritto dimostrata da alcuni oratori, si apprende dell'esperimento di un'*actio ex stipulatu* (EP § 55) in un processo *inter cives*¹⁵⁰. Nodo della contesa era l'inserimento nella formula della *praescriptio cuius rei dies fuit* (EP § 55), che Crasso presenta come una «*vetus atque usitata exceptio*», cioè come una clausola conosciuta da tempo e di uso frequente. La precisazione apre uno spiraglio sulla diffusione raggiunta dal processo formulare, almeno in alcune sue applicazioni, all'inizio del I sec. a.C.¹⁵¹. Per quanto si debba usare cautela nel dare corpo ad aneddoti incastonati nella cornice di un dialogo immaginario, è innegabile che il racconto si regga proprio sul fatto che i mezzi giudiziari al centro della disputa¹⁵² fossero di pubblico dominio, in quanto da tempo in uso e di applicazione frequente¹⁵³.

Al riguardo, può essere opportuno ricordare che Cicerone, nell'operetta sul-

vere l'interesse dei giuristi del II sec. per la normazione edittale, rimarca che l'*interdictum* integra la disciplina fissata dalle XII Tavole.

¹⁴⁸ Così anche WATSON, *Law Making* cit., 37. Tuttavia, l'A. sembra trascurare le altre testimonianze relative a rapporti posti sotto la *tuitio praetoris*, a partire da quella eliana di cui *supra*, in questo §, e ciò, evidentemente, non in quanto giudichi che non abbia a che fare con la storia dell'*a. venditi* (cfr., infatti, ID., *The Law of Obligations* cit., 70), bensì in forza di una concezione del diritto pretorio centrata sugli editti in senso stretto.

¹⁴⁹ BROUGHTON, *MRR* II, 20.

¹⁵⁰ Cic. *De orat.* 1.168.

¹⁵¹ Il passo avrebbe portata ancora più ampia se fosse accertato che l'*a. ex stipulatu incerti* sostituì una *legis actio*; se ne potrebbe allora inferire che l'*agere per formulas* si fosse affermato anche in concorrenza con il vecchio sistema e non solo in spazi lasciati totalmente o parzialmente sguarniti. Tende, però, ad escludere la premessa PUGLIESE, *Il processo civile romano*. II cit., I, 60 ss., ove (sulla base degli argomenti addotti dal medesimo A., *Il processo civile romano*. I. *Le legis actiones*, Roma 1962, 338 nt. 207 bis), è criticata la diversa lettura di M. KASER, *Die lex Aebutia* (1953), ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, 449, ribadita contro le critiche in ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 79 e nt. 17-18. Che, poi, come sostiene KASER, *op. cit.*, 467 la scelta della formula, a detrimento della *legis actio*, dipendesse, nel caso concreto, dall'opportunità di inserire la *praescriptio*, non toglie valore alla precisazione di Crasso/Cicerone, che, cioè, si trattava di un rimedio antico e diffuso.

¹⁵² Ciò che vale per la *praescriptio* vale, a maggior ragione, per l'azione in cui era inserita.

¹⁵³ Si veda in proposito anche la discussione, condotta ad altro fine, di A. METRO, *La "denegatio actionis"*, Milano 1972, 46 ss.

l'*inventio* redatta proprio poco dopo il momento in cui si sarebbe realmente svolta la scena, si riferisce al processo formulare e, in particolare, alla fase *in iure*, con una familiarità tale da dimostrare che l'aneddoto descritto anni dopo nel *De oratore* non era affatto anacronistico. Per illustrare la diversa incidenza della *translatio* nelle due fasi del processo privato romano, Cicerone dipinge, infatti, un vivace quadro dell'agere per *concepta verba* (Inv. 2.57):

«In nostra quidem consuetudine multis de causis fit ut rarius incidant translationes. Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum, ut causa cadat is qui non quemadmodum oportet egerit. 58. Quare in iure plerumque versantur. Ibi enim et exceptiones postulatur et agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur. In ipsis autem iudiciis rarius incidunt ...»¹⁵⁴.

Lo spiraglio aperto dai due testi ciceroniani, l'uno retrospettivamente, l'altro in presa diretta, lascia intravedere lo spazio che aveva il nuovo processo nella vita del diritto mentre Q. Mucio svolgeva la sua professione¹⁵⁵. Non stupisce, perciò, trovarne eco in alcune delle testimonianze del suo pensiero.

Di Q. Mucio ci resta, innanzitutto, una sorta di commento minimo ai *verba* dell'*interdictum quod vi aut clam* (EP § 256). Il *pontifex* si preoccupò di definire che cosa debba intendersi per *vi factum* (suscitando la piena adesione di Ulpiano, che pose la *definitio* muciana a base del proprio commento)¹⁵⁶, che cosa per *clam*

¹⁵⁴ Cfr. il parallelo *Rhet. Her.* 1.22, che, a proposito della *translatio* (cioè della controversia circa il tipo di azione, la persona contro cui si agisce, l'organo giudicante, il titolo, il tempo), afferma «his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt et causa cadit, qui egit, nisi habuit actionem». Sui testi v. KASER, *ZP*, 53 nt. 12, 192 nt. 12.

¹⁵⁵ Il *pontifex* scomparve, com'è noto, nell'82 a.C.: v., anche per lo scenario, BAUMAN, *Lawyers in Roman Republican Politics* cit., 416 ss.

¹⁵⁶ Q. Muc. *l. s. horon* D. 50.17.73.2, Ulp. 71 ed. D. 43.24.1.5 = Q. Muc. 49 L. (la pertinenza di quest'ultimo testo agli *horoi* non è sicura: WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 600 nt. 25). La definizione di *vi facere* («si quis contra quam prohiberetur fecerit») è fatta propria da Ulpiano, che la giudica espressamente «plena», cioè completa dal punto di vista dell'intensione, e la utilizza come punto di riferimento per un commento lemmatico (sulla cui «storicità», v. T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR* 90 [1987] 43). Il suo commento è articolato intorno alla nozione di *prohibere* (D. 43.24.1.6-11), ai soggetti che possono manifestare efficacemente la *prohibitio* (fr. 3 pr. D. *eod.*), al profilo temporale (fr. 3.1 D. *eod.*). Segue – con una totale inversione rispetto al *prohibere* –, l'esame della nozione di *permittere*, di cui, con significativo parallelismo, si individuano gli emittenti (fr. 3.2-4 D. *eod.*). Chiude la questione relativa alla incidenza sulla *prohibitio* della disponibilità a difendersi in giudizio o prestare la *cautio damni infecti* (fr. 3.5-6 D. *eod.*).

factum (formulando una definizione che riscosse minore fortuna)¹⁵⁷ e, infine, di individuare la cerchia dei legittimati passivi all'interdetto (proponendo una soluzione che ebbe larga eco, pur non evitando le critiche)¹⁵⁸.

Ancora, la nota asserzione circa l'efficacia e la portata degli *arbitria* in cui ricorre la menzione della *bona fides* è interessante non solo perché testimonia, in generale, l'attenzione per un insieme di rapporti che avevano trovato tutela grazie al pretore, ma anche perché lo sguardo di Q. Mucio si posa proprio sul profilo processuale¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Q. Muc. l. s. *horon* D. 50.17.73.2 = Q. Muc. 49 L. La definizione di *clam facere* che Ulpiano adotta nel suo commento è attinta da Cassio (D. 43.24.3.7); il giurista severiano non ne era, tuttavia, soddisfatto come di quella che, del *vi factum*, aveva tratto da Q. Mucio (v. nt. prec.), tant'è che non solo non la giudica *plena*, ma la integra con altre, in particolare attingendo da Aristone (fr. 3.8, 5 D. *eod.*). — Il fr. 4 D. *eod.*, Venul. 2 *int.*, suona un poco sorprendente, quando lo si legga inserito fra i due lembi del commento di Ulpiano. Vi si trova riferita l'opinione di Servio, secondo cui agisce clandestinamente non solo chi preveda che dal suo comportamento occulto nascerà una lite, ma pure chi dovrebbe prevedere questo esito, perché non si trovi ad essere favorito lo sprovveduto rispetto all'accorto. Suona sorprendente perché questa estensione è già compresa nelle due definizioni che precedono: Cassio ritiene che agisca *clam* chi abbia tenuto all'oscuro la controparte «*si modo timuit eius controversiam aut debuit timere*» (fr. 3.7 cit.) e Aristone chi abbia fatto altrettanto e «*existimat aut existimare debet se prohibitum iri*» (fr. 3.8 cit.). Non vale la pena di interrogarsi sulle ragioni della scelta dei compilatori, che cadono in un'abborrita *similitudo* che avrebbero facilmente potuto evitare (noto solo che l'«*idem*» che accompagna «*Aristo*» in apertura del fr. 3.8 cit. non sembra a posto, visto che in precedenza è Cassio ad essere nominato. Forse è segno della soppressione di una citazione anteriore di Aristone o, più probabilmente, è da emendare in *i<t>em*). Più interessante, ai nostri fini, è chiedersi quale fosse il bersaglio dell'intervento di Servio. L'ipotesi che avesse le sembianze di Q. Mucio — che in casi del genere sorge spontanea —, trova in questa occasione una conferma attendibile, dato che disponiamo della definizione che Q. Mucio aveva proposto di *clam factum* (D. 50.17.73.2): «*quod quisque cum controversiam haberet habiturusve se putaret, fecit*». La definizione soffre proprio del difetto che Servio rimproverava: fa dipendere il requisito della lite dall'apprezzamento soggettivo del convenuto. Se, come credo, si ricompone qui una pagina del confronto fra Q. Mucio e Servio, gode di una certa probabilità l'ipotesi ulteriore che appartenesse ai *Notata Mucii*, piuttosto che ai *libri ad Brutum* (come voleva BREMER, *Iurispr.* I, 236 fr. 17). I testi di Q. Mucio e Servio sono trattati contestualmente e con finezza da A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 222 ss., senza però prendere esplicita posizione sul problema del loro rapporto genetico.

¹⁵⁸ Ulp. 7<1> *ed.* D. 43.24.5.8 = Q. Muc. 49 L., su cui v. *infra*, § 11.

¹⁵⁹ Cic. *Off.* 3.70: vi sono ricomprese l'*a. tutelae*, *pro socio*, *fiduciae*, *mandati*, *empti venditi*, *locati conducti*. Non ha trovato eco l'interpretazione di SÖLLNER, *Zur Vorgeschicht* cit., 142 s. secondo cui nelle «*res quibus vitae societas contineretur*» di Cic. *Off.* 3.70 si avrebbe un riferimento all'*a. rei uxoriae* (si veda però Cic. *Rosc. Com.* 16, dove con le parole «*aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam*» l'oratore si riferisce all'*a. fiduciae*). La questione, probabilmente insolubile, relativa al contesto originario dell'enunciato muciano è nuovamente impostata sul piano del metodo da BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola* cit., 253 nt. 135.

Dell'attenzione per i rapporti sottostanti, è restata traccia anche in alcuni pareri accolti, verosimilmente, nei suoi *libri iuris civilis*. A parte l'opinione esaminata in precedenza, resa in tema di *in diem addictio* (se è sua)¹⁶⁰, la vendita consensuale non sembra essergli, per la verità, molto presente¹⁶¹.

Se, nonostante la lezione incerta del *codex Florentinus*, risale a Q. Mucio una enigmatica decisione a proposito della vendita di usufrutto di uomo libero, attuata mediante *in iure cessio*, che avrebbe per effetto di renderlo schiavo, essa sembra presupporre nel giurista la conoscenza dell'*edictum si quis, cum se liberum esse sciret, dolo malo passus erit se pro servo venum dari* (EP § 182)¹⁶².

Più numerose sono le occasioni in cui lo si vede scendere sul terreno della *societas* consensuale¹⁶³. Discutendo del regresso del garante è possibile che abbia preso in considerazione anche l'*actio mandati (contraria)*¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Ulp. 28 *Sab.* D. 18.2.11.1, 13 pr.

¹⁶¹ Cels. 8 *dig.* D. 18.1.59 = Q. Muc. 35 L. afferma che il venditore non risponde per i vizi afferenti alla condizione giuridica del fondo, venduto senza la dichiarazione «*ita ut optimus maximusque*». È molto dubbio (nonostante la collocazione nel libro dei *digesta* di Celso ove è trattata l'*emptio venditio*) che Q. Mucio pensasse alla responsabilità *ex empto* e non, piuttosto, a quella *auctoritatis nomine* che discende dalla *mancipatio* (su cui v. Venul. 16 *stip.* D. 21.2.75 = Q. Muc. 35 L.; per le itp., v. LENEL, *Pal. ad h. l.*). Per l'*a. empti* propende WATSON, *The Law of Obligations* cit., 79 s., costretto, poi, da Cic. *De orat.* 1.178 e *Off.* 3.67 a restringere la soluzione muciana al caso di reticenza non dolosa. All'*a. auctoritatis* pensa, invece, BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola* cit., 233 nt. 65, sebbene riconosca, a sua volta, improbabile che Q. Mucio non abbia trattato il tema della responsabilità *ex empto* a carico del venditore di *praedia* per reticenza di vizi occulti.

¹⁶² Paul 50 *ed.* D. 40.12.23 pr. = Q. Muc. 39 L. La lezione di F è *Quintus meus*; per l'emendazione in *Quintus Mucius*, v. lett. cit. in R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano 1958, 312 nt. 48. Un'ampia lettura del testo («one of the most enigmatic in the Digest») si deve ad A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, 166 ss.; il riferimento all'*ed.* è visto da KASER, *RPR* I, 251 s., la cui esegesi è però giudicata insoddisfacente da F. HORAK, *rec.* a SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, in *ZSS* 95 (1978) 413 nt. 44.

¹⁶³ Al *pontifex* rimontano: a) la disputa, con Servio, sulle *partes lucri et damni* a proposito di una *s. omnium bonorum* (Gai. 3.149, Paul. 6 *Sab.* D. 17.2.30, Iust. 3.25.2 = Q. Muc. 8 L.; su cui v. per tutti M. TALAMANCA, sv. *Società in generale (diritto romano)*, in *ED* 42 [1990] 835 ss.); b) l'opinione in tema di conferimento di eredità, legati e donazioni nella *s. quaestus* generale riferita da Ulp. 30 *Sab.* D. 17.2.7, 9, 11 = Q. Muc. 7 L. (secondo F. BONA, *Contributi alla storia delle "societates universorum quae ex quaestu veniunt" in diritto romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino 1968, 399 ss., il giurista si era occupato della questione, risolvendola in senso opposto, anche a proposito della *s. o. b.*).— Anche il principio dell'efficacia del recesso comunicato al *procurator* del socio ricordato da Paul. 32 *ed.* D. 17.2.65.8 = Serv. 24 L., fu forse enunciato da Q. Mucio: così sembra suggerire la annotazione serviana (v., per tutti, F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 43 nt. 68).

¹⁶⁴ Cels. 7 *dig.* D. 17.1.48 pr. = Q. Muc. 44 L. Sul testo, brevemente, da ultimo D. NÖRR,

In un parere accennò, poi, indirettamente, al regime dell'*actio tutelae* (EP § 124), qualificando «*sine periculo*» per il tutore l'impiego per il mantenimento del pupillo di una somma espressamente legata *cibarii nomine*¹⁶⁵.

Distinguendo i *genera possessionum* in relazione alle *causae acquirendi*, vi ricomprese la *missio in bona rei servandae causa*, criticato duramente da Paolo¹⁶⁶.

Fonte di discussioni non sopite è, invece, se la *sententia* muciana, riferita e condivisa da Ulpiano, secondo cui il comodatario, che trae tutto il vantaggio dal contratto, risponde per *culpa* e *diligentia*, si riferisca o meno all'*actio commodati in factum* (EP § 98): la soluzione affermativa sembra, comunque, la più probabile¹⁶⁷.

Come si vede, i riflessi del diritto pretorio si colgono in una serie non estesa, ma nemmeno esigua, di testimonianze del pensiero di Q. Mucio, che spazia sulla tastiera del nuovo strumento processuale: *interdicta*, *missiones*, *denegatio actionis*, *iudicia bonae fidei*, (forse) *actio in factum*¹⁶⁸.

Mandatum, fides, amicitia, in D. NÖRR, S. NISHIMURA (eds.), *Mandatum und Verwandtes*, Berlin Heidelberg 1993, 25 nt. 57 con lett.: il rimedio presente a Q. Mucio era, più probabilmente, l'*a. depensi* o un'*a. in factum*.

¹⁶⁵ Pomp. 8 Q. Muc. D. 33.1.7 = Q. Muc. 16 L., da cui WATSON, *The Law of Persons* cit., 143 s. evince che, in mancanza dell'espressa destinazione, il tutore risponderebbe con l'*a. tutelae*, a titolo di *culpa*, per l'eventuale impiego di una somma eccessiva.

¹⁶⁶ Paul. 54 ed. D. 41.2.3.23 = Q. Muc. 31 L. Nel contestare a Mucio la scorretta applicazione della *ratio* della *divisio* (v. TALAMANCA, *Lo schema "genus-species"* cit., 272 ss.), Paolo menziona anche la *missio in bona damni infecti e ventris nomine*, senza che si possa dire se l'esemplificazione trovasse spunto nel discorso muciano. I medesimi esempi ricorrono, è vero, nel parallelo Pomp. 23 Q. Muc. D. 42.4.12, ma la difficoltà di fondarsi su questo testo per recuperare il dettato muciano è resa evidente dalla sostituzione della *missio in bona rei servandae causa* con quella *legatorum vel fideicommissi servandi causa*. Ad ogni modo, la *Pro Quinctio* di Cicerone, pronunciata l'anno successivo la morte del *pontifex*, consente di conoscere in dettaglio alcune delle cause di immissione del creditore allora previste: a) *qui fraudationis causa latitarit* (EP § 205): Cic. *Quinct.* 60, 74, 84, 86; b) *qui absens iudicio defensus non fuerit* (EP § 206): *ibid.* 60, 65, 74, 84, 87; c) *cui heres non extabit* (EP § 207): *ibid.* 60 (successivamente ampliato: LENEL, *EP*³, 416 nt. 10); d) *qui exsilii causa solum verterit* (cfr. EP § 212): *ibid.* 60, 86 (sulla sua trasformazione in età classica, v. LENEL, *op. cit.*, 421).

¹⁶⁷ Ulp. 28 ed. D. 13.6.5.3 = Q. Muc. 30 L., su cui, per tutti, P. VOCI, "*Diligentia*", "*custodia*", "*culpa*". I dati fondamentali, in SDHI 56 (1990) 140 s. Più in generale, sui problemi posti dalla storia più antica della *tuitio* pretoria del prestito d'uso, P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, 67 ss.; altra lett. in NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia* cit., 29 nt. 74. Cfr., per *utendum dare*, Gell. 6.15.2 = Q. Muc. 30 L.; lo stesso testo comprova l'emersione come tipo sociale del *servandum dare*, ma sembra riflettere una fase in cui la protezione di questi rapporti era assicurata mediante l'*a. furti*: v., analiticamente, WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 578.

¹⁶⁸ Se non erro, alcune delle testimonianze muciane sono omesse da TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., 24 nt. 89, alle cui conclusioni si attiene GIUFFRÈ, *La traccia*

Anche per questo, per avere cioè trascurato un esame diretto del lavoro di Q. Mucio, non soddisfa la risposta che, in un lavoro recentissimo, è stata data per spiegare il suo (diremo, a questo punto, presunto) silenzio su temi edittali. È stato sostenuto che il *pontifex* avrebbe intenzionalmente «escluso i risultati delle attività giusdicenti magistratuali dal “corpo” del diritto, da lui identificato con il *ius civile* ricomposto e sistemato nell’opera sua sulla scorta dei “fondatori” ed in particolare dei *libri* del padre»; questa intenzione sarebbe stata «ricondata dai contemporanei alla “*potentia*” che i giuristi tradizionalisti avevano acquisito, come depositari di quel patrimonio antico, e volevano conservare»; il che si combinerebbe «con la plausibile diffidenza verso un modo, magmatico ed incontrollabile, di introdurre regole da cui sarebbero scaturite nuove linee direttrici» da parte dei pretori¹⁶⁹. Non è escluso, naturalmente, che questa ipotesi accattivante abbia individuato esattamente una componente del pensiero di Q. Mucio. Tuttavia, non ne sono stati dimostrati i due cardini, l’arcaismo (o tradizionalismo) di Q. Mucio¹⁷⁰ e la diffidenza che il *ius honorarium* avrebbe suscitato in alcuni settori della giurisprudenza (e in Q. Mucio in particolare)¹⁷¹. Ciò, torno a ripetere, a prescindere dalla que-

di Quinto Mucio cit., 22 ss.: in particolare, quelle, importanti, sull’interdetto *quod vi aut clam*, così come quelle (con maggiore o minore probabilità) riferibili all’*actio in factum commodati*, all’*a. tutelae* e (dal punto di vista che qui interessa) all’*edictum si quis cum se liberum esse sciret*.

¹⁶⁹ GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio cit.*, 85.

¹⁷⁰ Anche ammesso che i due atteggiamenti ideologici possano essere intesi come equivalenti, si tratta di dimostrarne in concreto la pertinenza al profilo intellettuale di Q. Mucio e di chiarire in che modo abbiano potuto riflettersi nel suo lavoro di giurista. In realtà, l’A. raccoglie elementi che sembrano porre il *pontifex*, da questo punto di vista, in una luce di volta in volta diversa. Dopo avere affermato che nei *libri iuris civilis* «i nuclei tematici sono arcaici» (*op. cit.*, 22) e che è «tradizionale altresì l’ordine di esposizione» (*ibid.*, 23 s.), non tace che «Q. Mucio rappresenta senz’altro un momento di snodo nella storia della giurisprudenza romana» (*ibid.*, 24), giudizio, quest’ultimo, che riflette, ovviamente, la valutazione che della figura di Q. Mucio davano gli stessi antichi (Pomp. *l. s. ench.* D. 1.2.2.41) e che ha portato i moderni ad attribuirgli un ruolo di prim’ordine nel secolo della “rivoluzione” (scientifica). Il preteso arcaismo (o tradizionalismo) muciano è, quindi, perlomeno da precisare. Né, al momento di dettagliare più puntualmente la scelta di privilegiare, ai fini della propria tesi, il lato per così dire rivolto al passato di Q. Mucio, l’A. (*ibid.*, 62 ss.) sembra in grado di uscire dall’*impasse*, perché, a ben vedere, l’atteggiamento tenuto dal *pontifex* nella *causa Curiana* – anche ammesso che deponga nel senso tradizional-arcaistico – è quantomeno controbilanciato da altre prese di posizione, che lo stesso A. ricorda, ma, apparentemente, senza esserne indotto a modificare il profilo che egli è venuto tracciando (v. *ibid.*, 69 s., dove si rammenta, fra l’altro, l’*interpretatio* pontificale relativa agli obblighi ai *sacra* e, soprattutto, l’editto asiatico che rimase a lungo modello).

¹⁷¹ La «diffidenza» (*op. cit.*, 62, 85), anzi, la reazione (*ibid.*, 59) di Q. Mucio verso il *ius honorarium* sembra ancor meno assodata delle sue tendenze “passatiste”. Gli indizi raccolti sono tutti indiretti, dato che nelle fonti citate (*ibid.*, 62 ss.) non traspare mai una immediata connessione fra taluni atteggiamenti muciani – comunque li si voglia interpretare – e il *ius honorarium*.

stione che avrebbe meritato la precedenza, se cioè, dalle testimonianze dell'attività di Q. Mucio traspaia davvero un disimpegno così marcato nei confronti del diritto pretorio.

Dopo esserci soffermati brevemente su questa ipotesi, riprendiamo l'esame delle testimonianze del lavoro condotto sul diritto pretorio dalle generazioni anteriori a Servio. Dopo Q. Mucio, Aquilio Gallo, di cui si sono già ricordati i contributi formulari e concettuali in tema di dolo e al quale si deve la prima menzione dell'*actio ad exhibendum*¹⁷², si occupò nuovamente dell'interdetto *quod vi aut clam*, ponendosi a metà strada fra la tecnica cautelare e la riflessione teorica. Attraverso Labeone e poi Celso, arriva fino ad Ulpiano la discussione con lui intavolata (forse a distanza) dall'allievo Servio sull'opportunità di inserire, nell'interdetto, l'*exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit*, al fine di tutelare le ragioni di chi abbia abbattuto la casa del vicino per impedire che il fuoco si propaghi alla propria¹⁷³. Rispetto al maestro, incline a concedere l'*exceptio* («*dubitat*

Anche volgendo lo sguardo da Q. Mucio verso altri settori della giurisprudenza, per quanto la prospettiva si faccia più interessante, gli indizi non sono più convincenti. La diffidenza verso il *ius honorarium* è indotta, innanzitutto, da talune caratteristiche del diritto pretorio, come la sua instabilità nel corso del II e I sec. a.C. (*ibid.*, 46 ss.). A prescindere dal fatto che sulla rispondenza al vero di tali caratteristiche si potrebbero nutrire opinioni divergenti da quelle dell'A. (per le mie, v. *supra*, §§ 6 e 7), anche ammessa la loro esattezza, non risulta, almeno a livello della nostra documentazione, che esse fossero oggetto di critica da parte dei giuristi, onde l'argomentazione dell'A. risulta piuttosto astratta. In secondo luogo, la diffidenza verso il *ius honorarium* viene desunta a posteriori dalla persistente differenziazione, rispetto agli altri *iura populi Romani*, del diritto nato dagli editti «*eorum qui ius edicendi habent*» (*ibid.*, 71 ss.). A parte le riserve circa una concezione forse eccessivamente positivista delle fonti di produzione normativa cui questa riflessione sembra ispirarsi, l'A. deve ricorrere inevitabilmente a testimonianze di molto posteriori all'epoca di Q. Mucio, senza che possa dirsi – e, anzi, è da dubitarsi: v. *supra*, nt. 131 –, che un tale irrigidimento delle categorie fosse già attuale in epoca tardo-repubblicana. Infine, quand'anche fosse vero che i giuristi classici tenessero in quarantena il *ius honorarium*, ancora non avremmo, apparentemente, una risposta plausibile al (presunto) silenzio di Q. Mucio: infatti, tutti i giuristi (come Pomponio, Gaio e Papiniano), dai cui scritti l'A. ricava la diffidenza verso il diritto pretorio, ne trattarono largamente nelle proprie opere.

¹⁷² Per l'*actio doli*, v. *supra*, § 5, nt. 74. Per l'*actio ad exhibendum*, v. *supra*, nt. 75.

¹⁷³ D. 43.24.7.4 Ulp. 71 ed. = Aquil. 10 L. = Serv. 74 L.: «*Est et alia exceptio, de qua Celsus dubitat an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi et quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. Gallus enim dubitat an excipi oporteret: "quod incendii defendendi causa factum non sit". Servius autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non esse idem concedendum; si tamen quid vi aut clam factum sit neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam, si pervenisset absolvi eum oportere. Idem ait esse si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aequae perituris aedibus ...*», su cui, anche per i problemi testuali, S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969, 153 ss., con bibl.; adde C.A. CANNATA, *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, in *Labeo* 17 (1971) 69 ss.; G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in

an»), Servio distingue¹⁷⁴. L'eccezione, a suo avviso, è da accordare a chi abbia agito nell'esercizio di una carica pubblica; al privato non si deve fare la stessa concessione. La sorte del privato sarà decisa non *in iure*, ma *apud iudicem*¹⁷⁵ e dipenderà dall'evento: chi abbia abbattuto la casa che sarebbe stata comunque preda delle fiamme, sarà assolto; altrimenti, se l'incendio non si è propagato fino alla casa del vicino, la condanna sarà inevitabile¹⁷⁶. A questa seconda ipotesi si collega

SDHI 41 (1975) 54 s.; A. WACKE, *Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung*, in ZSS 106 (1989) 498 s. V. anche Cic. *Tull.* 53.

¹⁷⁴ Mancando le circostanze della decisione di Gallo, mancano anche gli elementi per decidere quale grado di generalità egli intendesse conferirle. Peraltro, non va taciuto che nella esposizione della fattispecie premessa alla citazione del suo pensiero si parla di «*vicini aedes*»: è, quindi, probabile che egli si riferisse al caso del privato. – È forte la tentazione di vedere in questo testo una prova della *subtilitas* grazie alla quale, secondo Cicerone (*Brut.* 154), Servio superò il maestro e che si manifestava fra l'altro proprio nella capacità di «*ambigua primum videre, deinde distinguere*» (*ibid.* 152).

¹⁷⁵ Nel ritenere che il parere di Servio da «*si tamen*» a «*absolvi eum oportere*» sia da riferire al caso del giudizio *ex interdicto* contro il privato, mi distacco da SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 158 nt. 10, che ritiene riguardi il magistrato; *contra*, a mio avviso giustamente, CANNATA, *Labeo* 17 (1971) 70. La discussione, innanzitutto, era incentrata proprio sul caso del *privatus* (v. nt. prec.); il «*tamen*» avversativo, poi, sembra meglio intendersi se lo si collega alla negazione precedente; soprattutto, questa interpretazione è preferibile per ragioni di sostanza: la concessione dell'*exceptio* al magistrato, infatti, non poteva che portare all'assoluzione, una volta accertato che egli avesse agito *incendii arcendi causa*, a prescindere dalla circostanza che il fuoco avesse effettivamente raggiunto la casa abbattuta e, dunque, per il magistrato, l'alternativa non ha ragione d'essere (in questo senso, egli gode di una vera e propria "concessione" – come si esprime Servio –, giustificata, si può immaginare, dall'interesse pubblico ad una decisa azione antiincendio del magistrato, al quale non si poteva imputare il rischio di un'inesatta previsione della propagazione). Si aggiunga che, forse, i giuristi repubblicani avevano effettivamente suggerito l'inserimento dell'eccezione a favore del magistrato anche nell'*a. legis Aquiliae*, in modo da escluderne anche qui la responsabilità pure nell'ipotesi in cui la casa non fosse stata raggiunta dal fuoco (v., invece, per l'espunzione di «*aut damni iniuria*», SCHIPANI, *op. cit.*, 155 s.). Per Celso, stando a Ulp. 9 *disp.* D. 9.2.49.1 (cfr. Ulp. 56 *ed.* D. 47.9.3.7), l'evento non aveva più rilevanza ai fini della responsabilità aquiliana e, di conseguenza, è verosimile che ritenesse superflua l'eccezione anche per il magistrato convenuto con l'*a. legis Aquiliae* (non altrettanto si può dire a proposito dell'interdetto; anzi, in proposito, anche Celso sembra propendere – «*dubitatur an*» – per l'opportunità dell'*exceptio*, benché sia difficile precisare la sua opinione in rapporto alle altre).

¹⁷⁶ Indubbiamente, «*simpli litem aestimandam*» è di difficile comprensione nel contesto. Può darsi, comunque, che il richiamo valesse a escludere che il *iudex*, nello stabilire la condanna rapportata al «*quanti ea res (est, erit)*» (cfr. Gai. 4.163, 165), potesse, sulla scorta della *lex Aquilia*, procedere ad un calcolo *in duplum*. V. anche CANNATA, *Labeo* 17 (1971) 70 s. e D. NÖRR, *Zur Interdependenz von Prozeßrecht und materiellem Recht am Beispiel der lex Aquilia*, in RJ 6 (1987) 114, che, accettando l'emendazione di Mommsen, pensa all'*actio legis Aquiliae confessoria*.

l'ulteriore riflessione di Servio: anche il (privato) convenuto con l'*actio legis Aquiliae* deve andare assolto, se la casa abbattuta sarebbe stata comunque distrutta dall'incendio («*aeque perituris aedibus*»), venendo a mancare l'*iniuria* o (sul punto il suo pensiero non sembra del tutto maturo) il danno¹⁷⁷.

La controversia repubblicana apre certamente uno spiraglio sull'attività dei *iuris prudentes* intorno ai rimedi pretòri, anche se troppo angusto perché si possano cogliere gli aspetti più interessanti di questo lavoro. La posizione da cui muove Gallo sembra sia quella di negare che il tenore dell'interdetto possa lasciare spazio a valutazioni circa la giustificazione della condotta: l'unica possibilità di aprire una breccia è vista in un intervento sul tenore stesso della formula interdittale, tramite cioè la concessione di un'*exceptio*. In questo senso, la sua attività è anche cautelare. Se ammessa in via generale, però, un'*exceptio* così concepita poteva tradire le ragioni stesse della sua concessione, procurando una difesa anche a chi avesse agito con leggerezza, in base ad una previsione infondata. Servio muove perciò dalla soluzione del proprio maestro per proporre una più raffinata: limitando la concessione dell'*exceptio* al magistrato (per un motivo probabilmente da ricercarsi nell'interesse generale ad una spedita azione di prevenzione e spegnimento degli incendi), sposta la questione dal piano della qualificazione della condotta a quello del danno. Se le fiamme hanno effettivamente raggiunto le macerie della casa abbattuta, si può sostenere che l'abbattimento non abbia causato un danno alla cui stregua rapportare la condanna del convenuto *ex interdicto*. Grazie a questo percorso, Servio riesce ad aggirare una certa rigidità del mezzo pretorio, e, senza abusare della correzione della sua *conceptio*, a raggiungere risultati analoghi a quelli che si sarebbero conseguiti in termini di responsabilità aquiliana¹⁷⁸.

L'esame della discussione con Gallo ci ha riportato fino a Servio, da cui eravamo partiti nel nostro percorso a ritroso, alla ricerca dei riflessi dell'editto nelle opere dei giuristi¹⁷⁹. Alla luce delle testimonianze rapidamente esaminate, il forte

¹⁷⁷ Si riconosce, nel primo caso, la scriminante, per così dire, dello stato di necessità. Sull'incertezza fra le due soluzioni, v. SCHIPANI, *Responsabilità*, cit., 159 ss.

¹⁷⁸ Fr. D. cit.: «*Idem ait esse*» (si prescinde, ovviamente, dalla misura *in duplum* dell'eventuale condanna). Dalla redazione attuale del testo, non risulta che il richiamo all'istituto civilistico fosse introdotto da Servio per sostenere la soluzione adottata a proposito del mezzo pretorio.

¹⁷⁹ I giuristi classici attribuiscono ai *veteres* alcune opinioni relative a materie edittali: a) Ulp. 5 *ed. D.* 2.4.4.2 (*ed. de in ius vocando* EP § 11; i *veteres* precedono sicuramente Cassio, la cui diversa opinione prevalse; l'*ed.* in questione era noto ad Ofilio: arg. Ulp. 5 *ed. D.* 2.7.1.1 = Ofil. 3 L.); b) Ulp. 6 *ed. D.* 3.1.1.6 (*ed. qui pro aliis ne postulent* EP § 15); c) Ulp. 59 *ed. D.* 42.4.7.13 (*ed. qui fraudationis causa latitabit* EP § 205; l'*ed.* era antico: v. *supra*, nt. 166); d) Ven. 1 *int. D.* 43.19.4 pr. (*int. de itinere actuque privato reficiendo* EP § 250; sull'antichità dell'interdetto, v.,

ampliarsi, nel pensiero di Servio, dello spazio dedicato a istituti che ricadono sotto la *tuitio praetoris*¹⁸⁰, ci appare un fenomeno sicuramente significativo, ma non del tutto improvviso. Nel valutarlo, oltretutto, si deve tenere conto della maggiore

genericamente, Cic. *Caec.* 36. È, comunque, probabile che Venuleio si riferisca a una versione dell'interdetto poi superata, più che a pareri giurisprudenziali); e) Ulp. 57 *ed. D.* 47.10.13.7 (int. *de loco publico fruendo* EP § 239). JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft* cit., 227 nt. 1 identificava plausibilmente i *veteres* in giuristi repubblicani: è impossibile precisare, peraltro, se si tratti di opinioni che rimontano a giuristi anteriori a Servio. Tende ad escluderlo, attraverso una minuziosa analisi, HORAK, *Wer waren die "veteres"?* cit., 222 ss., che privilegia Labeone e si basa sul presupposto che difficilmente opinioni su temi edittali avrebbero potuto raggiungere i giuristi classici se non contenute in opere specificamente dedicate all'editto.

¹⁸⁰ Oltre ai testi riconducibili, con maggiore o minore probabilità, ai *libri ad Brutum* (v. *supra*, nt. 52) hanno attinenza al processo formulare i seguenti passi (per l'identificazione di Servio in Alfeno è qui adottato, in mancanza di meglio, il criterio formale enunciato da BREMER, *Iurispr.* I, 160 s. È indicata la rubrica dell'editto leneliano per le materie che non risultano trattate da giuristi precedenti): Gai 3.156 = Serv. 87 L. (*a. mandati*), Paul. 9 *ed. D.* 3.5.20 pr. = Serv. 10 L. (azione decretale, forse modellata sull'*a. mandati*; v., per tutti, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani* cit., 79 s.), Pomp. 2 *Sab. D.* 5.1.80 = Serv. 14 L. (indicazione nella formula del *iudex addictus ex conventione litigatorum*), Paul. 3 *Alf. ep. D.* 6.1.58 (*rei vindictio* formulare EP § 69; il riferimento al *iussum de restituendo* supera il dubbio di ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione* cit., 602, che possa trattarsi di una *l. actio*), Paul. 4 *Alf. ep. D.* 10.4.19 (*a. ad exhibendum*), Paul. 5 *Alf. ep. D.* 13.7.30 (*a. pignoratitia in factum* EP § 99), Paul. 34 *ed. D.* 14.2.2 pr. = Serv. 20 L. (*a. ex locato*), Alf. 2 *dig. D.* 15.3.16 (*a. ex vendito de peculio aut in rem verso* EP § 104), Ulp. 31 *ed. D.* 17.2.52.18 = Serv. 23 L. (*a. pro socio*), Ulp. 31 *ed. D.* 17.2.65.8 = Serv. 24 L. (v. *supra*, nt. 163), Paul. 32 *ed. D.* 17.2.65.16 = P. Grenf. II 107 r. (*a. pro socio*), Paul. 3 *Alf. ep. D.* 17.2.71 pr. (*a. pro socio*; v. anche fr. 17.1 D. *eod.*), Ulp. 32 *ed. D.* 19.1.13.30 = Serv. 26 L. (*a. ex vendito; locatio rei*), Ulp. 32 *ed. D.* 19.2.15.2 (*a. ex conducto*), Ulp. 32 *ed. D.* 19.2.19.1 = Serv. 28 L. (*a. ex locato*), Alf. 2 *dig. D.* 19.2.27 pr., 1 (*a. ex conducto*), Paul. 3 *Alf. ep. D.* 19.2.30 pr.-1, 3 (*a. ex conducto*), Paul. 3 *Alf. ep. D.* 19.2.30.2, 4 (*a. ex locato*), Paul. 5 *Alf. ep. D.* 17.2.31 (*a. oneris averse*, poi esclusa dall'ed.: LENEL, EP³, 300; *locatio rei, operis; depositum*), Afric. 8 *quaest. D.* 19.2.35.1 = Serv. 29 L. (*a. locati conducti*), Alf. 3 *dig. D.* 19.5.23 (*a. in factum*, forse sull'esempio dell'*a. commodati*; v. TALAMANCA, *op. cit.*, 80), Scaev. 2 *quaest. D.* 21.2.69.3 = Serv. 30 L. (*a. ex empto*), Lab. 6 *post. lav. ep. D.* 23.3.79 pr. = Serv. 31 L. (*a. rei uxoriae*), Ulp. 27.7.4 pr. = Serv. 36 L. (*a. tutelae*), Alf. 7 *dig. D.* 38.1.26 (*a. operarum*), Ulp. 81 *ed. D.* 39.2.24.4, 5 = Serv. 61 L. (*cautio damni infecti* EP § 292), Alf. 2 *dig. D.* 39.2.43 (*c. d. i.*), Alf. 2 *dig. D.* 44.1.14 (*exceptio rehdhibitionis in factum*; cfr. EP § 272). È da segnalare la possibilità che sia da attribuire a Servio il contenuto della glossa *Parret* di Fest., 262 L., che verte su una formula del nuovo processo e, accostata ad altre della seconda parte della lettera P del lessico festino, ha portato F. BONA, *Il "de verborum significatu" di Festo e le XII Tavole. I. Gli "auctores" di Verrio Flacco*, in *Index* 20 (1992) 221 ad ipotizzare, sia pure con cautela, «un'ignota opera serviana, utilizzata da Verrio Flacco, in cui l'attenzione del giurista era prevalentemente diretta agli aspetti giurisdizionali del fenomeno giuridico». Non ha a che vedere con la tradizione del suo pensiero, ma vale la pena di segnalare qui Manil. *Astron.* 4.212, che fra i tratti del giureconsulto annovera quello di essere «*perpetuus populi privato in limine praetoris*»: si v., per l'interpretazione, GUARINO, *Servio Sulpicio e Manilio*, in *Iusculum iuris* cit., 130 s.

ampiezza della documentazione disponibile su Servio rispetto a quella che riguarda i giuristi che lo precedono.

Tanto meno può apparire un vero salto se, come vorrei mostrare in questa parte conclusiva della mia ricerca, è possibile rinvenire, nascosta in una orazione di Cicerone, la *Pro Caecina*, la traccia di una fiorente *interpretatio* edittale già negli anni Settanta del I sec. a.C., quando, cioè, l'attività di Servio giurista non era che agli inizi.

9. *Tracce dell'interpretatio sull'interdictum unde vi armata nella Pro Caecina di Cicerone*

La data in cui la causa fu discussa non è conosciuta con sicurezza: probabilmente si colloca fra il 70 e il 68 a.C.¹⁸¹. Come e forse più delle altre orazioni in processi privati, la *Pro Caecina* offre uno spaccato del funzionamento della giustizia e utili informazioni sul diritto privato¹⁸².

Della questione interessa qui solo l'essenziale. Recatisi sul fondo Fulciniano – la cui proprietà è oggetto di controversia – per compiervi, d'intesa con la controparte, la *vis ac deductio moribus*, Aulo Cecina e i suoi accompagnatori sono accolti da una banda armata agli ordini dell'avversario Sesto Ebuzio, che impedisce loro l'accesso e li costringe ad una fuga precipitosa¹⁸³. Segue il processo. L'orazione

¹⁸¹ Sulla questione, v., da ultimo, con una propensione per il 69 a.C., FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 44 ss. La datazione è fondata essenzialmente sul fatto che P. Dolabella, il pr. urb. che concesse l'interdetto, divenne poi propr. *Asiae*, ma non v'è spazio per lui fra il 76 e il 70 a.C. nella lista sicuramente ricostruibile dei governatori di questa provincia.

¹⁸² Fondamentali F.K. v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*⁶, Giessen 1837, 505 ss.; F.L. KELLER, *Semenstrium ad M. Tullium Ciceronem*, II, Turici 1842, 275 ss., spec. 315 ss., 342 ss., 376 ss. (cfr. la rec. di TH. MOMMSEN [1845], ora in ID., *Gesammelte Schriften. III. Juristische Schriften*, III, Berlin 1907, 548 ss., spec. 558 ss.); alla letteratura citata da STROH, *Taxis und Taktik* cit., 80 ss. (fra cui, v. specialmente H.J. METTE, *Der junge Zivilanwalt Cicero* [1965], in ID., *Kleine Schriften*, hrsg. von A. METTE u. B. SEIDENSTICKER, Frankfurt a. M. 1988, 211 ss., spec. 222 ss.; NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 11 ss., 31 ss.) adde O. BEHREND, *Die Fraus Legis*, Göttingen 1982, 39 ss.; A. CORBINO, *La "pro Caecina" di Cicerone e l'acquisto della proprietà mediante intermediario estraneo*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano 1982, 277 ss.; BREONE, *Tecniche* cit., 313 s.; B.W. FRIER, *Urban Praetors and Rural Violence: The Legal Background of Cicero's "Pro Caecina"*, in *TAPhA* 113 (1983) 221 ss.; ID., *The Rise of the Roman Jurists* cit., *passim*; L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli "status" nella retorica greca e romana*, Hildesheim-Zürich-New York 1986, 158 s.; WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte I* cit., 674 nt. 60; O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *C. Aquilius Gallus dans le discours "pro Caecina" de Cicéron*, in *TR* 59 (1991) 37 ss.

¹⁸³ La *narratio* copre i §§ 10-23. Il momento culminante (riassunto sopra nel testo) è de-

a favore di Cecina che noi leggiamo si basa sulla terza arringa tenuta da Cicerone; per due volte i *recuperatores* avevano rinviato la causa, indecisi sul verdetto¹⁸⁴; erano chiamati a decidere sulle *sponsiones* prestate dai contendenti nell'ambito del procedimento *cum poena* seguito all'emanazione dell'interdetto *de vi armata*, richiesto dal cliente di Cicerone¹⁸⁵.

L'*argumentatio* è in gran parte dedicata alla confutazione della *defensio* proposta, per Ebuzio, da Gaio Calpurnio Pisone, «*non deieci, sed obstiti*»¹⁸⁶. L'avversario negava, cioè, che l'interdetto *de vi armata* trovasse applicazione nel caso in cui non si fosse verificata l'espulsione dal fondo, bensì, come era effettivamente avvenuto a Cecina, fosse stato "soltanto" impedito l'accesso al fondo stesso¹⁸⁷. La confutazione è organizzata da Cicerone secondo due linee, quella della individuazione dei criteri di valutazione normativa che sottendono la formula interdittale e quella della ricerca del significato oggettivo della formula stessa: lo *status* è, insomma, quello della *controversia ex scripto et voluntate*¹⁸⁸.

Prima, però, di impegnarsi in questa discussione, l'oratore respinge due ulte-

scritto nei §§ 20-22 e ripreso in sede di discussione delle testimonianze ai §§ 23-30. La sua più sintetica formulazione si legge al § 32: «*Est haec res posita, quae ab adversario non negatur, Caecinam, cum ad constitutam diem tempusque venisset ut vis ac deductio moribus fieret, pulsum prohibitumque esse vi coactis hominibus et armatis*». Sulla *vis ac deductio moribus*, da intendersi preferibilmente come prodromica all'*agere in rem*, v. per tutti NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 34 ss.; FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 78 ss.; M. KASER, *Über "Relatives Eigentum" in altrömisches Recht*, in ZSS 102 (1985) 32 nt. 96.

¹⁸⁴ Cic. *Caec.* 6.

¹⁸⁵ Cic. *Caec.* 23 (testo *supra*, § 7).

¹⁸⁶ Cic. *Caec.* 31.

¹⁸⁷ Non importa, qui, esaminare quale fosse il peso reale che questo argomento assumeva nella complessiva *defensio* di Ebuzio né, in particolare, il rapporto fra esso e la tesi secondo cui solo il possessore può invocare la protezione interdittale, che Cicerone confuta, superficialmente, sia in diritto (§§ 90-93) sia in fatto (§§ 94-95): sulla questione, v. per tutti STROH, *Taxis und Taktik* cit., 80 ss.

¹⁸⁸ Nel § 32 si legge una rudimentale *partitio* (v., con giuste riserve, STROH, *op. cit.*, 93 nt. 44 e, con minori cautele, FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 116). La porzione che si può chiamare *de re* abbraccia i §§ 32-81; quella *de verbo* i §§ 82-88 (leggermente diversa la scansione proposta da STROH, *op. cit.*, 97 e FRIER, *op. loc. cit.*; a mio avviso, i §§ 79-81 fungono da ponte fra l'una e l'altra sezione, mentre nel § 82 inizia la discussione *pro scripto*: «*venio iam quo vocas*»). Nel § 89 Cicerone afferma: «*redeo nunc ad illa principia defensionis meae*» e ricapitola, dall'inizio, la sua interpretazione dell'interdetto. Nei §§ 90-95 e 95-103, infine, sono affrontate due ulteriori questioni, la prima se legittimato attivo all'interdetto fosse solo il possessore e, correlativamente, se Cecina fosse stato nel possesso del fondo controverso (v. anche *supra*, nt. prec.), la seconda se Cecina avesse conservato la cittadinanza romana dopo la *lex Cornelia de civitate Volaterranis adimenda*.

riori difese proposte dall'avversario, scendendo, se non sbaglio, sul piano rispettivamente della *translatio*¹⁸⁹ e della *finitio*¹⁹⁰.

La questione principale, dibattuta secondo la topica della *controversia ex scripto et voluntate*, verte, come si è detto, intorno alla nozione di *deiectio*: Cicerone sostiene che l'aver impedito a Cecina l'accesso al fondo controverso integra una *deiectio* ai sensi dell'interdetto. Per dimostrarlo, l'oratore afferma, in via principale, la superiorità di un'interpretazione che non si fermi al significato oggettivo della formula interdittale, ma cerchi di coglierne la *sententia* (§§ 49-64)¹⁹¹. A conferma della bontà della propria interpretazione, tesse l'elogio dei giuristi, apparentemente biasimati dalla controparte, e, soprattutto, del *ius civile*, la cui funzione principale è quella di assicurare a ciascuno il pacifico godimento dei propri beni: una funzione la quale richiede che, anche a costo di allontanarsi dalla lettera di un atto normativo, si reprimano i comportamenti del genere di quello posto in essere da Ebuzio (§§ 65-79)¹⁹². In caso contrario

«populi Romani causa, civitatis ius, bona, fortunae possessionesque omnium in dubium incertumque revocantur»¹⁹³.

L'orazione offre un esempio notevole dell'interpretazione di un *interdictum* nella prima metà del I sec. a.C. Tuttavia, se si limitasse a informarci delle escogitazioni di un *patronus causae*, sarebbe indicativa più delle risorse argomentative di costui che dello stato della coeva *interpretatio prudentium*¹⁹⁴. Ciò che colpisce, in-

¹⁸⁹ La *quaestio* è formulata al § 33: «*Quaero sitne aliqua huius rei actio an nulla*». La soluzione al § 40: «*Huiusce generis una est actio per hoc interdictum quo nos usi sumus constituta*».

¹⁹⁰ La difesa di Ebuzio si legge al § 41: «*vis Caecinae facta non est*». La *definitio* di Cicerone al § 42; il passo è riprodotto, con qualche variante, da Quint. 7.3.17, come esempio di *finitio* (cfr. Cic. Or. 102: «*Tota mihi causa pro Caecina de verbis interdicti fuit, res involutas definiendo explicavimus, ius civile laudavimus, verba ambigua distinguimus*»). L'argomento si estende fino al § 49: «*Iam vim factam negare non potes*».

¹⁹¹ Solo in via subordinata si dice disposto ad argomentare *pro scripto*, difendendo l'idea che la formula interdittale copra anche il caso di impedimento all'accesso in quanto il «*verbum "unde" utrumque declarat, et ex quo loco et a quo loco*» (Cic. Caec. 87).

¹⁹² Su questa *laudatio iuris civilis* (cui si aggiunge l'elogio di Aquilio Gallo), v. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 184 ss.; BRETONE, *Storia* cit., 195 ss. e, per il rapporto fra prassi giudiziaria e riflessione teorica, BONA, *La certezza* cit., 148.

¹⁹³ Cic. Caec. 76.

¹⁹⁴ Da un altro punto di vista, muovendo proprio da una presunta divergenza fra le posizioni espresse da Cicerone e quelle proprie della giurisprudenza coeva, la *Pro Caecina* è stata letta come il documento del superamento, sul piano dell'*aequitas*, della posizione dei *iurisconsulti* attaccati alla lettera: M. GELZER, *Zwei Civilprozessreden Ciceros*, in ID., *Kleine Schriften*, I,

vece, è che l'arringa sia disseminata di soluzioni esegetiche che si ritrovano pari pari nella letteratura giurisprudenziale classica, se solo si fa stato delle differenze imposte dallo stile. Prima di trarre le conclusioni, conviene esaminare le corrispondenze, iniziando, secondo l'ordine espositivo, dal presupposto obiettivo per l'esperimento dell'interdetto.

Cicerone sostiene che sia *vis* non solo quella fisica, che lede l'integrità personale, ma anche (anzi, a maggior ragione) quella, per così dire, morale, come nel caso frequente in cui il pericolo di morte costringe ad abbandonare la propria posizione o situazione con l'animo sconvolto dalla paura:

«Non ea sola vis est quae ad corpus nostrum vitamque pervenit, sed etiam multo maior ea quae periculo mortis iniecto formidine animum perterritum loco saepe et certo de statu demovet»¹⁹⁵.

Altrove Cicerone precisa il concetto, sostenendo che si deve considerare *deiectus* ai sensi dell'interdetto *de vi armata* chi sia fuggito dal fondo per il timore causato dalla vista degli armati:

«Quid si ... ex eo loco metu permotus fugisset, quum armatos vidisset, diceresne esse deiectum? Opinor»¹⁹⁶.

Che la violenza morale fosse sufficiente ad integrare la *vis* interdittale è l'opinione dominante anche nella giurisprudenza classica. Al testo ciceroniano corrisponde, innanzitutto, Ulp. 69 ed. D. 43.16.1.29: «Idem Labeo ait eum qui metu turbae perterritus fugerit, vi videri deiectum». Labeone esemplifica l'interpretazione della *vis* interdittale (in questo caso, non *armata*) come violenza morale ricorrendo al caso già prospettato da Cicerone, quello della fuga del possessore terrorizzato dall'arrivo di una *turba*, senza attendere lo scontro fisico¹⁹⁷. Benché sul punto la tradizione del pensiero giurisprudenziale mostri qualche tensione, acuita da alcu-

Wiesbaden 1962, 311. Per FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 184 ss., 252 ss. segna, invece, l'elevarsi del diritto a disciplina autonoma e l'incremento dell'influenza dei giuristi.

¹⁹⁵ Cic. *Caec.* 42.

¹⁹⁶ Cic. *Caec.* 49; cfr., analogamente, *ibid.* 31, 41, 44, 47, 76. In Cic. *Caec.* 45 della medesima interpretazione si parla come di un che di «vetus ... et maiorum exemplo multis in rebus usitatum». Tuttavia, secondo UBELOHDE, *Commentario alle Pandette* cit., 30 nt. 29, il passo sarebbe preferibilmente da riferire alla *vis ac deductio moribus*; NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 37 nt. 84, parrebbe, invece, ricollegarlo all'*interdictum uti possidetis*.

¹⁹⁷ Anche per M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, 127 risulta dalla *Pro Caecina* che Cicerone «si trovasse sulle posizioni che sarebbero, in seguito, state proprie a Labeone».

ni problemi relativi alla costituzione del testo, su questa posizione si trova allineato Giuliano. Anch'egli fa il caso dell'abbandono precipitoso dal fondo alla vista di uomini armati, nel quale si ravvisa un'espulsione violenta:

«*Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit atque ita profugerit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit, vi deiectus videtur*»¹⁹⁸.

Un secondo punto di contatto fra l'esemplificazione ciceroniana e le posizioni giurisprudenziali si constata a proposito della nozione di *familia* del *deiciens*, della quale, come è noto, l'interdetto faceva esplicitamente menzione per imputare al *dominus*, a titolo oggettivo, la responsabilità dello spoglio violento da essa effettuato¹⁹⁹. Cicerone si sofferma in particolare sulla questione del numero minimo dei componenti: uno solo è sufficiente a fare la *familia*:

«*UNDE TU AUT FAMILIA AUT PROCURATOR TUUS. ... Neque enim dubium est quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intellegamus quae constet ex servis pluribus; quin unus homo familia non sit; verbum certe hoc non modo postu-*

¹⁹⁸ Iul. 44 *dig.* D. 41.3.33.2, su cui v., anche per la possibile emendazione {*existimaverit*} <*existimuerit*>, BALZARINI, *op. cit.*, 128 s. che ne inferisce un medesimo «ordine di idee di Cicerone, Labeone e Giuliano». Discutibile mi sembra, invece, la pertinenza di Paul. 54 *ed.* D. 41.3.4.22: qui non è affatto escluso che l'espulsione sia stata effettuata mediante violenza fisica, quantunque il *deiciens* non si sia impossessato del fondo. Per quanto riguarda gli orientamenti della giurisprudenza su questo punto, esaminiamo rapidamente le testimonianze pertinenti, rinviando a BALZARINI, *op. cit.*, 116 ss. per una più approfondita discussione. D. 43.16.1.29 (cit. *supra*, nel testo) prosegue: «*Sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere, ergo etiam eum qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi deiectum*»; ammesso che il testo sia integro (circostanza sulla quale i dubbi sono giustificati), nel richiedere una *vis corporalis* Pomponio sembra affermare la necessità di un effettivo impossessamento da parte degli assalitori e non già una violenza fisica sulle persone. In Ulp. 11 *ed.* D. 4.2.9 pr. è detto che, «*si fundum meum dereliquero audito quod quis cum armis veniret*», secondo Labeone (la cui opinione è riferita senza apparente dissenso da Pomponio) «*non videor vi deiectus qui deici non expectavi sed profugi*»: a giustificare l'inapplicabilità dell'interdetto (si direbbe, *de vi armata*) sembra essere in questo caso l'assenza del *metus praesens* e *illatus*; il possessore, infatti, si sarebbe lasciato suggestionare da una semplice notizia non verificata e ciò spiega la differente conclusione cui giunge Labeone in questo caso rispetto a quello trattato in D. 43.16.1.29. Dall'assenza di un pericolo attuale sembra dipendere anche la soluzione di Ulp. 69 *ed.* D. 43.16.3.6-7, che nega debba considerarsi *deiectus* ai sensi dell'int. *de vi armata* chi sia fuggito alla vista di armati che si dirigevano altrove oppure sia fuggito alla sola notizia di un possibile attacco (fattispecie, quest'ultima, e soluzione analoghe a quelle che si leggono in D. 4.2.9 pr.). In PS. 5.6.4, infine, è generalizzato il requisito dell'effettivo ingresso nel fondo, già affiorato in Pomponio (D. 43.16.1.29), che Iul. 44 *dig.* D. 41.3.33.2 (riprodotto *supra*, nel testo) giudica ancora ininfluente.

¹⁹⁹ Cfr. LENEL, *EP*³, 467; NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 133 s., 136 ss.

lat, sed etiam cogit: at vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem et pro nihilo putet»²⁰⁰.

Non diversamente si esprime sulla medesima *quaestio* Ulpiano (69 *ed.*), in D. 43.16.1.16:

«Familiae autem appellatio servos continet. 17. Sed quaeritur quem numerum servorum contineat, utrum plurium an vero et duum²⁰¹ vel trium. Sed verius est in hoc interdicto, etiamsi unus servus vi deiecerit, familiam videri deiecisse»²⁰².

²⁰⁰ Cic. *Caec.* 55 s.; cfr. *ibid.* 63. A proposito del *procurator* e dell'interpretazione che ne dà Cic. *Caec.* 57, sussumendovi il *colonus*, il *vicinus*, il *cliens*, il *libertus* e chiunque abbia compiuto lo spoglio *rogatu* o *nomine* altrui, il confronto con la posizione dei giuristi è impedito dalla soppressione del termine nella formula dell'interdetto riportata nel Digesto, soppressione a proposito della quale resta il dubbio se rimonti all'età classica o sia dovuta ai commissari giustiniani (sulla questione v. NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 87 ss.). Si v. comunque, per un importante punto di contatto, *infra*, § 11.

²⁰¹ Così PS. 5.6.3.

²⁰² Sul testo v. per tutti BALZARINI, *Ricerche* cit., 366 s., ove è già messa in luce la coincidenza con la *Pro Caecina*. – A proposito dell'ulteriore questione posta dalla sussunzione dei *servi alieni* nella *familia*, nei frammenti dei commenti edittali che ci sono pervenuti non si trova una conferma diretta dell'impostazione di Cic. *Caec.* 58: «*Si tuus servus nullus fuerit, et omnes alieni ac mercennarii, tamen ei ipsi servi tuae familiae genere et nomine continebuntur*» (cfr. *ibid.* 63). Peraltro, secondo A. BÜRGE, *Der mercennarius und die Lohnarbeit*, in ZSS 107 (1990) 82 ss. esso rappresenterebbe il preciso «Gegenstück» di Ulp. 7<1> *ed.* D. 43.24.5.11: «*Si tuum servum mercennarium habuero, quidquid ab eo factum fuerit meo nomine, ob id non tecum, sed mecum, cuius iussu aut nomine id opus a servo tuo factum fuerit, agendum erit hoc interdicto*», in tema di interdetto *quod vi aut clam*. Pur dovendosi ammettere la convergenza delle soluzioni, vi è, tuttavia, una differenza che è opportuno sottolineare ai fini del nostro discorso (v. già, del resto, esattamente, BÜRGE, *op. cit.*, 82 e C. MÖLLER, *Die mercennarii in der römischen Arbeitswelt*, in ZSS 110 [1993] 320). Il brano giurisprudenziale, che probabilmente risale a Labeone (è, infatti, compreso in un tratto omogeneo, dedicato all'esame dell'opinione muciana che lo precede, che è aperto [fr. 5.9 D. *eod.*] e chiuso dal suo nome [fr. 5.13]: diversamente LENEL, *Pal.* I, 524 e F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II.1, Lipsiae 1898, 133), non rappresenta un commento alla parola *familia*: com'è noto, la redazione dell'interdetto *quod vi aut clam* era impersonale e, dunque, non si poteva nemmeno porre un tale problema di sussunzione. L'argomentazione di Labeone/Ulpiano segue, perciò, un'altra via: si basa sul principio muciano enunciato in D. 43.24.5.8, secondo cui la responsabilità del «*tu*» destinatario dell'interdetto sussiste, oltre che per il fatto proprio, per «*quod tuorum quis fecit*» e «*quod tuo iussu factum est*» (v., in proposito, anche *infra*, § 11). Rispetto a questa tripartizione, appare naturale l'inquadramento del fatto del *servus mercennarius* nella terza categoria (al proposito, va notato come non sia facile capire in che senso la soluzione accolta da Labeone/Ulpiano implichi un'estensione della legittimazione passiva rispetto alla soluzione proposta dal giurista più antico, dato che non si vede per quale motivo Mucio sarebbe dovuto giungere a un risultato di-

Il commento di Cicerone prosegue, spostandosi sulle parole che seguono nella formula: «*Perge porro hoc idem interdictum sequi: HOMINIBUS COACTIS*»²⁰³. Per Cicerone, nonostante la lettera, non è indispensabile che il *deiciens* abbia preso l'iniziativa della convocazione, essendo sufficiente la presenza di fatto di una *multitudo*, frutto di attrupamento spontaneo o addirittura formata da coloro che si trovavano abitualmente nei pressi per compiere i lavori agricoli o per il pascolo:

«*Neminem coegeris, ipsi convenerint sua sponte; certe cogit is qui congregat homines et convocat: coacti sunt ii qui ab aliquo sunt unum in locum congregati. Si non modo convocati non sunt, sed ne convenerunt quidem, sed ii modo fuerunt qui etiam antea, non vis ut fieret, verum colendi aut pascendi causa esse in agro consueverant, defendes homines coactos non fuisse. Et verbo quidem superabis me ipso iudice, re autem ne consistes quidem ullo iudice. Vim enim multitudinis restitui voluerunt, non solum convocatae multitudinis*»²⁰⁴.

È stato già da altri rimarcato che si tratta di «un commento alle parole *hominibus coactis*»²⁰⁵, una osservazione che accresce il rammarico per lo stato della tradizione giurisprudenziale: a causa della nota soppressione dell'interdetto *de vi armata* nel diritto giustiniano, anche al commento di Ulpiano è stato amputato lo

verso), mentre, altrettanto naturalmente, le azioni poste in essere *suo nomine* dalla *familia* rientrano nella seconda. In questo senso, il parallelismo fra la posizione di Cicerone (che, discutendo del *de vi armata*, ragiona in termini di sussunzione dei *servi alieni ac mercennari* nella *familia*) e quella dei giuristi (che hanno di fronte la redazione impersonale del *quod vi aut clam*) non è perfetto, pur non essendovi motivi – è opportuno ribadirlo – per escludere che, ponendosi il medesimo problema a proposito dell'interdetto *de vi armata*, i *iuris prudentes* lo avrebbero risolto analogamente. Va aggiunto, per completare il discorso relativo all'opinione espressa in Cic. *Caec.* 58 e 63, che con essa non sembra affatto confrontabile, come è stato invece sostenuto, Ulp. 69 *ed. D.* 43.16.1.20 «*Si filius familias vel mercennarius vi deiecerit, utile interdictum competit*» (benché riguardi proprio l'interdetto *unde vi*). L'ostacolo non è costituito solo dal fatto che Ulpiano richiede l'estensione in via utile dell'interdetto, come se la formula ordinaria non fosse idonea a ricomprendere questo caso, a differenza di quanto afferma Cicerone (v., però, Ulp. 46 *ed. D.* 50.16.195.3, nel quale, almeno per i *fili*, la sussunzione nella *familia* non sembra creare problemi; per una rassegna delle opinioni in merito alla, almeno apparente, contraddizione, v. L. SOLIDORO, *La "familia" nell'editto di Lucullo*, in EAD., *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli 1992, 23 nt. 32). La difficoltà maggiore è data dal fatto che Ulpiano non tratta, verosimilmente, di *servi mercennari*, come Cicerone, bensì di liberi salariati (la opinione di BÜRGE, *op. cit.*, 83 ss., che propende per il primo senso, è stata, su questo punto, a ragione criticata dalla MÖLLER, *op. cit.*, 320 s.).

²⁰³ Cic. *Caec.* 59.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Così UBBELOHDE, *Commentario cit.*, 119.

svolgimento corrispondente e manca, dunque, la possibilità di un confronto puntuale²⁰⁶.

Sul modo di intendere la nozione di armi, invece, il parallelismo si può apprezzare con tutta la precisione desiderabile.

Cicerone premette che, stando al senso letterale della parola, *armati* sono soltanto coloro che sono equipaggiati con scudi e proiettili, ma sfida l'avversario a sostenere che non sarebbe tenuto alla reintegrazione ai sensi dell'interdetto chi avesse scacciato il possessore con zolle, sassi o bastoni:

«ARMATISVE. Quid dicemus? Armatos, si Latine loqui volumus, quos appellare vere possumus? Opinor eos qui scutis telisque parati ornatique sunt. Quid igitur? Si glebis aut saxis aut fustibus aliquem de fundo praecipitem egeris iussusque sis quem hominibus armatis deieceris restituere, restituisse te dices?»²⁰⁷.

Cicerone, dunque, argomenta *pro sententia*.

²⁰⁶ Inst. 4.15.6; LENEL, *EP*³, 468. L'intervento di *homines coacti* è mantenuto, nella Compilazione, fra le modalità tipiche dell'illecito represso dal *iudicium de damno vi hominibus armatis coactisve dato* e *vi bonorum raptorum*; nemmeno in questa connessione, tuttavia, almeno a livello della nostra documentazione, il problema posto da Cicerone risulta direttamente affrontato. Del resto, sotto questo profilo, l'interpretazione dell'editto *de hominibus coactis* non poté non risentire (perlomeno in relazione al danneggiamento) dell'esistenza del contiguo editto *de turba*, il che rende ancora più problematico un eventuale tentativo di argomentare per analogia. Sui rapporti fra l'editto *de hominibus coactis* e *de turba*, v. BALZARINI, *Ricerche cit.*, 260 ss., che, peraltro, non sembra dare esatto rilievo alla *differentia* che Ulp. 56 *ed. D.* 47.8.4.6 coglie fra i due editti (in relazione al danneggiamento): l'editto *de hominibus coactis* si applica nel caso (più grave) in cui vi sia stata una specifica iniziativa volta appunto alla *coactio* della banda (restando, viceversa, in secondo piano il problema dell'individuazione del soggetto che abbia preso tale iniziativa e pure la questione se il convenuto si serva della banda o ne faccia parte), mentre la *turba*, cui fa riferimento l'apposito editto, è una formazione estemporanea e non preordinata (la diversa esegesi costringe l'A. ad ipotizzare numerose alterazioni del testo ulpiano nonché a proporre uno spostamento non necessario di Ulp. 56 *ed. D.* 47.8.2.12). Resta da aggiungere, che i casi prospettati da Cic. *Caec.* 59, quand'anche li si volesse rapportare (su un piano che resta forzatamente astratto) ai due poli segnati rispettivamente dagli editti *de hominibus coactis* e *de turba*, sembrerebbero avvicinarsi più al primo che al secondo, dato che si tratta di situazioni in cui, in definitiva, il *deiciens* trova già pronta la banda di cui si serve, ma che, nondimeno, si distinguono nettamente dallo sfruttamento di un tumulto occasionale (sul testo v. anche VACCA, *Ricerche cit.*, 29 s. che, a mio avviso, tende a porre eccessivamente l'accento sull'occasione; si noti, a sostegno della interpretazione che si è qui proposta, che Cic. *Caec.* 63 parla, con riferimento evidentemente alla seconda delle fattispecie cui si fa cenno in *Caec.* 59, di *homines assidui ac domestici*, dimostrando così che l'interpretazione letterale combattuta dall'oratore era quella che avesse preteso una specifica attività di reclutamento e avesse, di conseguenza, escluso dal campo dell'interdetto i casi nei quali gli *homines* si fossero trovati, per altre ragioni, già a disposizione del *deiciens*).

²⁰⁷ Cic. *Caec.* 60; cfr. *ibid.* 64.

Anche i giuristi, in varie occasioni, si preoccupano di stabilire l'estensione della nozione di *arma*. Così, innanzitutto, a proposito dell'interdetto *de vi armata*, sostengono, proprio come Cicerone, che armi sono anche bastoni e sassi, non solo – precisa minuzioso Ulpiano – il gladio, il giavellotto e quel tipo particolare di spada a doppio taglio il cui nome sollecita, probabilmente, una glossa esplicativa:

«*Armīs deiectum quomodo accipimus? Arma sunt omnia tela, hoc est et fustes et lapides, non solum gladii hastae frameae {id est rhomphaeae}*»²⁰⁸.

Analogamente si esprime Gaio, a proposito dell'editto *de hominibus coactis* e, in termini generalizzanti, Paolo, in una *sedes incerta*²⁰⁹. In definitiva, è armato, per Cicerone come per i giuristi, non solo chi porti un'arma propria, ma chi si serva di qualsiasi mezzo atto ad offendere, secondo la definizione:

«*Telorum autem appellatione omnia ex quibus singuli homines nocere possunt accipiuntur*»²¹⁰.

La coincidenza si sperimenta anche nell'esemplificazione. Solo chi si attiene grettamente e cavillosamente alla lettera, rincara Cicerone, potrà sostenere:

«*non fuisse armatos eos qui saxa iacerent, quae de terra ipsi tollerent, non esse arma caespites neque glebas; non fuisse armatos eos qui praetereuntes ramum defringerent arboris*»,

potrà sostenere, cioè, che sia disarmato chi raccolga sassi da terra e li lanci, usi ceppi e zolle, si faccia di un ramo un bastone²¹¹. Simile, nei limiti consentiti dalla prosa del giurista, è la scena rappresentata da Ulpiano:

²⁰⁸ Ulp. 69 *ed. D.* 43.16.3.2. L'accostamento a Cic. *Caec.* 60 è già compiuto da BALZARINI, *Ricerche cit.*, 279 nt. 170.

²⁰⁹ Gai. 21 *ed. prov. D.* 50.16.41 = Inst. 4.15.6: «*Armorū appellatio non utique scuta et gladios et galeas significat sed et fustes et lapides*» (su cui, anche per il profilo palinogenetico, v. BALZARINI, *op. cit.*, 274 ss.); Paul. 7 *ed. D.* 48.6.9: «*Armatis non utique eos intellegere debemus, qui tela habuerunt, sed etiam quid aliud nocere potest*» (non è da escludere – se è esatta la ipotesi di LENEL, *Pal. I*, 977 nt. 3, secondo cui il testo si riferiva al *vadimonium recuperatoribus suppositis* – che si riconnettesse in ultima analisi al procedimento *ex interdicto de vi armata*). Cfr. anche PS. 5.6.4: «*Vi deicitur ... qui oppressu multitudinis aut fustium aut telorum aut armorum metu terretur*».

²¹⁰ PS. 5.3.3 = D. 48.6.11.1, a proposito di una forma aggravata di danneggiamento *per turbam*, punita *extra ordinem* (cfr. Paul. 5 *sent. sub titulo ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* Coll. 1.13.1). Sul punto, v. UBELOHDE, *Commentario cit.*, 119 ss.

²¹¹ Cic. *Caec.* 60-1.

«Plus dicitur, et si inermes venerant, si in ipsa concertatione qui inermes venerant eo processerunt, ut fustes aut lapides sumerent, vis erit armata»²¹².

Cicerone conclude l'esame dell'interdetto con una riflessione generale sulla portata dei *verba* «*hominibus ... armatis*». A suo avviso, nonostante il numero plurale, si potevano perfettamente riferire anche ad una singola persona che avesse commesso lo spoglio a mano armata:

«Atque ut magis intellegas quam verba nihil valeant, si tu solus aut quivis unus cum scuto et gladio impetum in me fecisset atque ego ita deiectus essem, auderesne dicere interdictum esse de hominibus armatis, hic autem hominem armatum unum fuisse? Non, opinor, tam impudens esses»²¹³.

La posizione dei giuristi, anche su questo punto, non sembra scostarsi da quella di cui si fa portavoce Cicerone, se è lecito richiamare un testo proveniente da una *sedes* diversa, che ha pur sempre a che vedere con la violenza di bande armate²¹⁴. In un brano del commento *ad edictum* di Ulpiano, che leggiamo secondo l'emendazione di Lenel e che riguarda il *iudicium de damno dato vi hominibus coactis armatisve*, il giurista si pone il problema se i *verba* dell'editto includano il caso in cui il danno sia stato arrecato da un singolo armato²¹⁵. La risposta di Ulpiano è affermativa, come già quella di Cicerone a proposito dei *verba* dell'interdetto *de vi armata*. Il giurista propone un'interpretazione disgiuntiva dei requisiti relativi alle modalità dell'illecito, per cui la formula troverebbe applicazione sia nel caso in cui il danneggiamento venga posto in essere da più uomini riuniti sia nel caso in cui si ricorra alle armi e, in quest'ultima ipotesi, proprio per differenziarla dalla prima, considera sufficiente la presenza di un solo uomo:

«Item si proponas solum <armatum> damnum dedisse, non puto deficere verba: hoc enim quod ait "hominibus <armatis> coactis<ve>" sic accipere debemus "etiam homi-

²¹² Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.4.

²¹³ Cic. *Caec.* 62. Cfr. *ibid.* 47: «Decessi unius hominis telo proterritus; deiectus detrususque sum».

²¹⁴ Interessante è anche Ulp. 69 ed. D. 43.16.3.3, relativo al nostro interdetto, ove si enuncia il principio che è sufficiente che uno solo dei convenuti sia armato: «Plane et si unus vel alter fustem vel gladium tenuit, armis deiectus possessor videtur». Peraltro, questo testo non è esattamente in punto, perché nel caso che vi è prospettato il solo armato fa parte di un gruppo.

²¹⁵ Per l'emendazione, v. *EP*³, 393; diversamente BALZARINI, *Ricerche cit.*, 282 ss., criticato da VACCA, *Ricerche cit.*, 80 ss.

nibus coactis", ut sive solus <armatus> vim fecerit sive etiam hominibus coactis {vel armatis vel inermibus} hoc edicto teneatur»²¹⁶.

La questione del numero degli armati chiude lo *specimen* di commento lemmatico dell'interdetto *de vi armata* redatto da Cicerone per dimostrare la superiorità della interpretazione *pro sententia* e che, per nostra comodità e per sottolineare la rigorosa fattura del discorso ciceroniano, possiamo ripercorrere sinteticamente grazie al riepilogo che lo stesso oratore ne propone. A conclusione di questa sezione dell'orazione, infatti, dopo avere ribadito la *ratio* dell'interdetto²¹⁷, Cicerone ricapitola, conservando l'ordine lemmatico, tutti i temi toccati nella sua esegesi²¹⁸:

«Non enim maior est iniuria si tua familia quam si tuus vilicus²¹⁹; non si tui servi quam si alieni ac mercennarii²²⁰; non si tuus procurator quam si vicinus aut libertus tuus²²¹; non si coactis hominibus quam si voluntariis aut etiam assiduis ac domesticis²²²; non si armatis quam si inermibus, qui vim armatorum haberent ad nocendum²²³; non si pluribus quam si uno armato²²⁴».

10. Le possibili fonti di Cicerone

Credo che l'esame svolto in precedenza abbia posto in luce la corrispondenza fra l'*interpretatio* di cui si fa tramite Cicerone e l'*interpretatio* dei giuristi classici.

²¹⁶ D. 47.8.2.7 Ulp. 56 ed. Per VACCA, *op. cit.*, 29 nt. 59 «Risulta con tutta chiarezza che già all'epoca di Cicerone all'espressione "*hominibus armatis coactisve*" veniva data la stessa interpretazione che risulta nel commentario ulpiano». V. anche BALZARINI, *op. cit.*, 287 nt. 198 che, pur dissentendo dalla emendazione del testo ulpiano (v. *supra*, nt. prec.), riconosce che, nella forma qui accolta, esso attribuisce ad Ulpiano un'interpretazione che coincide con quella ciceroniana.

²¹⁷ «*Vim quae ad caput ac vitam pertineret restitui sine ulla exceptione voluerunt. Ea fit plerumque per homines coactos armatosque; si alio consilio, eodem periculo facta sit, eodem iure esse voluerunt*».

²¹⁸ L'ordine lemmatico prevale sullo stesso ordine espositivo seguito in precedenza, come si può notare a proposito dei temi che figurano trattati, contro l'ordine dei *verba* interdittali, nei §§ 57-58. Dalla ricapitolazione resta fuori la *finitio* di *vis*, che, come si è detto, appartiene ad una diversa parte dell'*argumentatio*.

²¹⁹ Cfr. *Caec.* 55-56.

²²⁰ Cfr. *Caec.* 58.

²²¹ Cfr. *Caec.* 57.

²²² Cfr. *Caec.* 59.

²²³ Cfr. *Caec.* 60-1.

²²⁴ Cfr. *Caec.* 62.

Del resto, che corrispondenza vi sia è stato frequentemente rilevato dalla dottrina, la quale, nel ricostruire questo o quell'aspetto dell'istituto, non ha esitato ad accostare le testimonianze ciceroniane a quelle della giurisprudenza tardo classica²²⁵. Anche quando le singole coincidenze sono state registrate, tuttavia, la prospettiva in cui le si metteva in luce – quella, ripeto, della ricostruzione istituzionale –, non ha indotto gli studiosi a porsi la domanda che, invece, è per noi essenziale, vale a dire quale sia la ragione della corrispondenza²²⁶.

Credo che la risposta non possa essere che una e cioè che Cicerone, nell'allestire la sua orazione, abbia attinto all'*interpretatio* giurisprudenziale dei suoi tempi, la quale, attraverso i distinti e consueti canali della tradizione del pensiero giuridico, ha alimentato anche i commenti classici²²⁷.

Per confermare l'esattezza della conclusione e, soprattutto, per meglio comprendere l'uso e la natura degli argomenti riferiti da Cicerone può essere utile raccogliere qualche ulteriore elemento.

L'aspetto che mi sembra essenziale sottolineare, nell'accostarsi alle testimonianze ciceroniane, evitando di farle scadere a frammenti, è che si tratta, tranne in un caso, di argomenti per così dire *extra causam*. Infatti essi fanno parte – se si esclude la discussione sulla nozione di *vis* (*Caec.* 41-48), che è da intendersi nell'ambito dello *status finitivus*²²⁸ – di una sezione compatta (*ibid.* 55-63), il cui significato, nella strategia retorica perseguita da Cicerone, non dipende dai singoli argomenti che la compongono, ma dall'insieme. I principi interpretativi enuncia-

²²⁵ Oltre agli AA. già citati in rapporto ai singoli passi, si deve ricordare in generale, in quanto particolarmente attento a questo aspetto, UBBELOHDE, *Commentario* cit., 29 ss.; v., anche, KELLER, *Semenstrum ad M. Tullium Ciceronem* cit., 315 ss.; DE CAQUERAY, *Explication* cit., 264; H.J. ROBY, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines*, II, Cambridge 1902, 519; METTE, *Der junge Zivilanwalt Cicero* cit., 225, 227; M. BALZARINI, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino 1968, 358 ss.

²²⁶ La trovo posta solo da ROBY, *op. cit.*, 519, a proposito di D. 43.16.1.24 e fr. 3.5, 8 D. *eod.*, ma viene risolta nel senso opposto a quello che mi pare corretto. Addirittura, per il fr. 1.9, 26 D. *eod.* l'A. ipotizza (*op. cit.*, 521), per quanto dubitativamente, l'uso da parte dei giuristi della difesa di Pisone.

²²⁷ È, comunque, probabile che il principio esposto in Ulp. 69 *ed.* D. 43.16.1.24, secondo cui si intende *deiectus* anche colui al quale è vietato l'ingresso, sia stato formulato dalla giurisprudenza successivamente alla orazione di Cicerone, perché, altrimenti, trattandosi di un punto essenziale della sua difesa, non avrebbe mancato di richiamarsi. Altra questione è stabilire se l'orazione di Cicerone fornì alla giurisprudenza il fondamento o, come è ben più probabile, solo l'occasione per l'elaborazione di tale principio, a meno di escludere, addirittura, l'una e l'altra cosa. In generale, sull'uso di Cicerone da parte dei giuristi, v. D. NÖRR, *Cicero-Zitate bei den Klassischen Juristen. Zur Bedeutung literarischer Zitate bei den Juristen und zur Wirkungsgeschichte Ciceros*, in *Ciceroniana. Atti del III Colloquium Tullianum*, Roma 1978, 111 ss.

²²⁸ V. *supra*, nt. 190.

ti, infatti, non toccano affatto punti di diritto controversi rilevanti nella causa. Si tratta, invece, di esempi che Cicerone porta per dimostrare, in linea di principio, la superiorità di una interpretazione attenta a cogliere il criterio di valutazione normativa sottostante, al di là del significato oggettivo della formula dell'interdetto. Siamo, come si è detto, nell'ambito di una difesa impostata secondo lo *status* retorico della *controversia ex scripto et voluntate*: quando siano chiari la «*voluntas et consilium et sententia interdicti*», è somma impudenza o straordinaria insensatezza attaccarsi alle parole²²⁹.

Prima che attraverso l'esame dell'interdetto, la prevalenza della *sententia* sui *verba* è dimostrata con altri esempi, che attengono all'interpretazione sia di atti negoziali sia di atti autoritativi; si tratta di casi scelti per la loro notorietà, come la *causa Curiana* (§ 53), o per l'effetto umoristico, come quelli che vertono su due disposizioni della legge delle XII Tavole o sui *certa verba quandoque te in iure conspicio* della *legis actio* (§ 54) o, infine, per la loro evidenza, come quello relativo alla validità dell'*institutio* in cui l'erede, ormai ventenne, è chiamato *pupillus* (§ 54)²³⁰. Ma presto, dichiarando di non volersi troppo allontanare dall'argomento della causa, Cicerone si volge a trarre i suoi ammaestramenti proprio dall'interpretazione dell'interdetto *de vi armata*:

«*Veniunt in mentem mihi permulta, vobis plura, certo scio. Verum ne nimium multa complectamur atque ab eo quod propositum est longius aberret oratio, hoc ipsum interdictum quo de agitur consideremus*»²³¹.

È evidente, quindi, che gli esempi pertinenti all'interpretazione dell'interdetto *de vi armata* che egli porta si pongono sullo stesso piano degli altri che li precedono: non hanno attinenza diretta con la causa, bensì servono a illustrare in linea di principio la prevalenza dell'interpretazione che mira a cogliere il senso proprio della norma pretoria, al di là del significato oggettivo della sua lettera²³².

La funzione cui l'esemplificazione deve assolvere basta per rendere manifesta la sua natura: doveva vertere su principi non controversi. Si noti: Cicerone non argomenta mai a favore dei punti di vista che riporta, anche quando è l'oratore stesso a sottolineare la distanza che corre fra il significato oggettivo dei *verba* e la por-

²²⁹ Cic. *Caec.* 50.

²³⁰ Cfr. Quint. 7.6.7: «*Fieri tamen potest ut ex aliis legibus exempla ducamus per quae appareat semper stari scripto non posse, ut Cicero pro Caecina fecit*».

²³¹ Cic. *Caec.* 55.

²³² Il rapporto fra esemplificazione *extra causam* e punti attualmente controversi è bene messo in luce da Cic. *Caec.* 64.

tata che viene ad essi attribuita²³³. Anzi: quanto più l'interpretazione contrasta con la logica della lingua tanto più l'esempio è efficace²³⁴. È inconcepibile, quindi, che sia stato Cicerone ad escogitare interpretazioni audaci dell'interdetto: per provare il suo assunto, che la tenuta dell'ordinamento esige che talvolta si faccia apparente violenza alla logica della lingua, occorreva attingere dall'esperienza giuridica esempi consolidati del distacco fra *verba* e *voluntas*.

Del resto, se non bastasse, è Cicerone stesso a indicare i destinatari ideali del suo discorso: dopo avere denunciato l'angusta visuale di chi ravvisi la *familia*, ai sensi dell'interdetto, solo in una pluralità di servi, si spinge a dire che, sebbene una simile interpretazione riduttiva abbia dalla propria la lettera,

*«ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem et pro nihilo putet»*²³⁵.

La clausola può suonare, forse, stereotipa: tuttavia, non si può dubitare che esprima esattamente l'accoglienza che i principi espressi da Cicerone trovavano nella esperienza giuridica quotidiana e nella giurisprudenza in particolare, dato che, in caso contrario, si sarebbero ritorti contro l'oratore²³⁶. La stessa posizione della frase appena citata è significativa: essa apre la sezione di cui si sta discorrendo, quasi a fissarne una volta per tutte lo statuto.

La funzione che l'esemplificazione svolge nell'argomentazione e il riferimento esplicito al *consilium et auctoritas prudentium* rendono, quindi, verosimile che Cicerone attingesse l'*interpretatio* dell'interdetto *de vi armata* dalla giurisprudenza coeva.

11. Il modello del commento lemmatico

C'è un altro aspetto su cui, ora, è opportuno richiamare l'attenzione. L'esposizione di Cicerone corrisponde ai commenti classici non solo nei suoi contenuti,

²³³ Cic. *Caec.* 56 («*isti homines Latine non loquuntur*»), 60 («... *si Latine loqui volumus*»).

²³⁴ Cfr. *Caec.* 58: «*Etenim si, ut longius a verbo recedamus, ab aequitate ne tantulum quidem ...*», *ibid.* 62: «*Atque, ut magis intellegas quam verba nihil valeant ...*».

²³⁵ Cic. *Caec.* 56.

²³⁶ La corrispondenza al diritto vivente dell'interpretazione fatta propria da Cicerone sarebbe addirittura certa se fosse esatta l'emendazione proposta da Kayser e accolta nell'ed. di A.C. CLARK (Oxonii 1909) *ad h. l.*: «*At vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respu<i>t hanc defensionem et pro nihilo put<a>t*». L'emendazione non è recepita nel testo delle edd. di A. KLOTZ (Lipsiae 1923), A. BOULANGER (Paris 1961) e A. D'ORS (Milano 1965).

bensi nella forma. I §§ 55-62, che racchiudono il tratto più ampio dell'esemplificazione, hanno la forma compiuta di un commento lemmatico. A ciascun capo è premessa la citazione per estratto del testo dell'interdetto che è fatto oggetto di analisi²³⁷, cui fa seguito l'interpretazione; le parole dell'interdetto sono riprese nell'ordine originario, come risulta particolarmente chiaro dal riepilogo finale²³⁸.

Se, nel cercare quale fosse il verso della dipendenza, è sembrato doversi escludere che Cicerone abbia precorso i giuristi, elaborando principi interpretativi da loro poi accolti, a maggior ragione questa ipotesi deve escludersi ora, considerando che, se la si accettasse, si dovrebbe anche ammettere che l'oratore abbia, *en passant*, anticipato, oltre ai contenuti, il modello letterario che i giuristi adottarono nei commenti lemmatici *ad edictum*. La coincidenza di contenuto e forma è la migliore testimonianza che Cicerone trovava già elaborati nella giurisprudenza coeva i principi e lo schema che egli trasferì, per gli scopi pratici che perseguiva, nella sua arringa²³⁹.

Se quanto precede è condivisibile, si deve concludere che nella *Pro Caecina* è sopravvissuta una pagina dell'*interpretatio* repubblicana all'*interdictum de vi armata*. Naturalmente, saremmo curiosi di potere dare un nome al giurista da cui Cicerone attingeva il suo materiale. Non credo che si possa rispondere, come altre volte, invece, accade²⁴⁰. Troppo esiguo è il materiale di confronto per potere avanzare ipotesi che, in definitiva, si reggono solo sulla scarsa conoscenza dei protago-

²³⁷ Cic. *Caec.* 55, 59, 60.

²³⁸ Cic. *Caec.* 63.

²³⁹ Che la giurisprudenza romana dovesse praticare da tempo, come modello espositivo, l'impianto lemmatico è probabile: ad esso sembra si informassero, in sostanza, i *Tripertita* di Sesto Elio, anche se la loro struttura è discussa (per una trama in cui alla singola disposizione faceva seguito «die interpretatio dazu in engerem und weiterem Sinn» e l'eventuale *legis actio* si pronunciava O. LENEL, *Das Sabinussystem* [1892], ora in ID., *Gesammelte Schriften*, II, Napoli 1990, 8 ss.; non lo esclude, da ultimo, WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I cit., 537 nt. 39, ma propende per una struttura a blocchi più ampi). Un frammento del commento di L. Acilio alle XII Tavole (Cic. *Leg.* 2.59) sembra potersi ricondurre a questo modulo. Diversa questione è quella della origine della forma letteraria del commento continuo: esso fa la sua comparsa in ambito alessandrino al più tardi con Aristarco, che visse sotto Tolomeo VI Filometore (180-145 a.C.) e che, quinto capo della biblioteca, doveva essere poco più giovane di Sesto Elio: lasciò più di ottocento *hypomnemata* (R. PFEIFFER, *Storia della filologia classica. Dalle origini alla fine dell'età ellenistica*, tr. it., Napoli 1973, 329 ss., sulla cui caratterizzazione del genere ipomnemato, fondata in realtà sul tipo minoritario dei commenti filologici, v. di recente D. AMBAGLIO, *Fra hypomnemata e storiografia*, in *Athenaeum* 78 [1990] 503 ss.). Diverso ancora, benché connesso, il problema dell'origine dei *commentarii*: F. BÖMER, *Der Commentarius. Zur Vorgeschichte und literarischen Form der Schriften Caesars*, in *Hermes* 81 (1953) 210 ss. ha raccolto numerosi elementi a favore dell'origine romana.

²⁴⁰ V., per tutti, BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola* cit., 205 ss.

nisti e delle opere di quel periodo, di modo che si viene sempre ricondotti ai medesimi nomi.

Non si può, naturalmente, trascurare il fatto che siamo informati sul nome del consigliere giuridico di cui Cicerone si avvale nell'impostazione della sua difesa, Aquilio Gallo, di cui l'oratore tesse un vibrante elogio²⁴¹. Si potrebbe ipotizzare che abbia avuto un qualche ruolo nel mediare all'oratore anche lo *specimen* dell'*interpretatio* interdittale. Gallo è ricordato come creatore di *formulae* ricevute nell'editto: il suo interesse per il *ius praetorium* è fuori discussione²⁴². Tuttavia, si ignora se tale interesse si sia tradotto in forma letteraria e, quindi, non si può sostenere su basi concrete che fu ad un suo commento che Cicerone improntò il relativo tratto della propria orazione²⁴³.

Si è sospettato, d'altra parte, che, nell'anonimo giurista consigliere della controparte – che Cicerone sostiene di avere consultato, ricavandone argomenti a vantaggio della propria tesi –, si celi Servio²⁴⁴. A parte che l'identificazione si riduce ad una congettura²⁴⁵, anche se cogliesse nel vero nulla assicura, ovviamente, che fosse di Servio il materiale di commento all'interdetto²⁴⁶. Una simile ipotesi non potrebbe trovare conforto nemmeno nella paternità serviana di un commento all'editto: infatti, se si tiene ferma l'identificazione del suo dedicatario con M. Giunio Bruto, è improbabile che l'opera fosse già stata scritta, dato che, intorno al 70 a.C., il cesaricida doveva essere non più che adolescente.

Dopo avere espresso scetticismo sulla possibilità di dare un nome alla fonte di Cicerone, sia consentito menzionare un testo di Q. Mucio Scevola *pontifex*, al solo scopo di mostrare, per un'altra via, l'intima corrispondenza fra l'argomentazione ciceroniana e i moduli interpretativi della giurisprudenza.

Di Q. Mucio è rimasta – per il tramite di Ulpiano e, probabilmente, l'intermediazione di Labeone – una scheggia di interpretazione all'interdetto *quod vi aut*

²⁴¹ Cic. *Caec.* 77-79. La lezione corrotta rende difficile l'interpretazione dell'ultimo paragrafo: cfr., con vedute diverse, KELLER, *Semenstrium ad M. Tullium Ciceronem* cit., 507 s.; STROH, *Taxis und Taktik* cit., 87 s.; FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 130 nt. 107, 150 nt. 49. Gallo era stato consigliere di Cecina dalla prima ora: Cic. *Caec.* 95.

²⁴² V. *supra*, § 8.

²⁴³ L'opinione che Gallo non abbia lasciato alcun libro – accolta, da ultimo, da FRIER, *The Rise of the Roman Jurists* cit., 147 – è criticata da D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., 169 ss.

²⁴⁴ FRIER, *op. cit.*, 152 ss.

²⁴⁵ Lo stesso FRIER, *op. loc. cit.* commenta: «Admittedly, the case is less than conclusive». In alternativa, propone i nomi di A. Cascellio e P. Orbio.

²⁴⁶ Si potrebbe pensare che Cicerone volesse screditare la linea degli avversari traendo argomento proprio dalle posizioni antiletterali del loro consigliere giuridico: ma non si capirebbe, allora, il silenzio sulla fonte.

clam. Il *pontifex*, come è stato già accennato, si preoccupò sia di definire che cosa debba intendersi per *vi factum* e *clam factum* sia di individuare la cerchia dei legittimati passivi all'interdetto²⁴⁷. Le testimonianze muciane sono importanti, come si è già avuto modo di notare, perché confermano, direttamente, che la giurisprudenza repubblicana, anche prima di Servio e Ofilio, esercitava la propria riflessione sui *verba* dell'editto. Al di là di questo, il pensiero di Q. Mucio sul tema della legittimazione passiva all'interdetto *quod vi aut clam* riveste un valore particolare per approfondire l'argomentazione condotta da Cicerone nella *Pro Caecina*.

Il profilo della legittimazione passiva era delicato, data la forma impersonale nella quale l'interdetto *quod vi aut clam* era redatto che, quindi, non forniva spunti all'interprete. Q. Mucio svolge il dettato pretorio individuando tre classi di soggetti:

«Haec verba "quod vi aut clam factum est" ait Mucius ita esse "quod tu aut tuorum quis aut tuo iussu factum est"»²⁴⁸.

Per il giurista, il destinatario dell'interdetto risponde, oltre che per il fatto proprio, per il fatto compiuto da soggetti a lui legati da particolari vincoli (non meglio specificati) e per il fatto compiuto su suo comando.

Di questa impostazione muciana mi sembra si colga distintamente l'eco in un brano della *Pro Caecina*, dove si dice che chi ha redatto l'interdetto si è prefisso che fosse applicabile

«sive me tu deieceris sive tuorum quispiam sive servorum sive amicorum; ut servos non numero distinguant sed appellent uno familiae nomine, de liberis autem quisquis est, procuratoris nomine appelletur ... Non enim alia causa est aequitatis in uno servo et in pluribus; non alia ratio iuris – in hoc genere dumtaxat – utrum me tuus procurator deiecerit is qui legitime procurator dicitur ... an tuus colonus aut vicinus aut cliens aut libertus aut quivis qui illam vim deiectionemque tuo rogatu aut tuo nomine fecerit»²⁴⁹.

Cicerone sostiene che il destinatario dell'interdetto, il *tu* della formula, risponda sia del fatto proprio sia dello spoglio violento compiuto da soggetti a lui legati da vincoli potestativi o sociali tali da poter essere definiti, complessivamente *tui*,

²⁴⁷ V. *supra*, nt. 156-58.

²⁴⁸ Ulp. 7<1> *ed.* D. 43.24.5.8. A titolo di curiosità, segnalo una struttura parzialmente coincidente nella formula impiegata per il *lucum co<n>lucare*, riferita da Catone, *Agr.* 139: «sive ego sive quis iussu meo fecerit».

²⁴⁹ Cic. *Caec.* 56-57.

ossia *servi* e *liberi amici*²⁵⁰. Se poco importa – prosegue Cicerone – quanti siano i *servi* (cioè la *familia* nella terminologia pretoria), non bisogna andare per il sottile, nell'applicare l'interdetto, neanche nell'individuare i *liberi* (cioè il *procurator* della formula): il convenuto risponde non solo per il suo *procurator* in senso stretto («*is qui legitime procurator dicitur*»), bensì per l'affittuario, il vicino, il cliente, il liberto e per chiunque abbia compiuto lo spoglio su sua richiesta o in suo nome²⁵¹.

Si direbbe, insomma, che anche la formula dell'interdetto *de vi armata*, sebbene menzionasse esplicitamente, oltre al convenuto, la sua *familia* e il suo *procurator*, fosse letta da Cicerone così come Q. Mucio leggeva la formula impersonale dell'interdetto *quod vi aut clam*: deve, cioè, essere restituito il possesso del luogo (*unde*) *tu* (*deiecisti*) *aut tuorum quispiam sive servorum sive amicorum aut quivis tuo rogatu aut tuo nomine* (*deiecit*). In altri termini, Cicerone interpreta la formula come se, a parte il destinatario, i termini *familia* e *procurator* equivalessero a *tui*; questa categoria, che in Q. Mucio rimaneva indistinta, si svela comprendere schiavi e liberi dipendenti sul piano giuridico o sociale. Inoltre, la nozione di *procurator*, estesa ben oltre la figura di colui che *legitime procurator dicitur*, copre anche i soggetti che abbiano compiuto lo spoglio violento su richiesta del convenuto, vale a dire la terza delle categorie individuate da Q. Mucio.

È difficile – ammesso che il confronto paia convincente – trarre una conclusione da questa coincidenza che, per di più, tocca la struttura del discorso, non solo la superficie. Non si può dire, cioè, se la omogeneità sia il frutto di una contaminazione operata da Cicerone attingendo alle pagine muciane in tema di *interdictum quod vi aut clam* o, invece, riveli che anche l'*interpretatio* all'interdetto *de vi armata* era stata impostata da Q. Mucio secondo il medesimo schema, che Cicerone utilizzava direttamente o assorbendolo da altri giuristi²⁵².

²⁵⁰ Il confronto con lo schema muciano fa emergere che Cicerone non accomunava *servi* e *amici* nella *familia*, come gli rimprovera NICOSIA, *Studi sulla "deiectio"* cit., 105 nt. 42, bensì nei *sui*. Sulla rilevanza nel diritto della nozione di *amici*, v. B. ALBANESE, *La struttura della "manumissio inter amicos"*. *Contributo alla storia dell'"amicitia" romana* (1962), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo 1991, 217 ss., spec. 294 ss.

²⁵¹ Il tentativo di fare coincidere lo schema muciano con la formulazione dell'interdetto *unde vi* produce inevitabilmente una rottura nella logica dell'interdetto stesso, dato che vengono accomunati in una stessa categoria il fatto posto in essere dal *procurator* (e figure assimilate) e il fatto compiuto su incarico del convenuto, benché nel primo caso si tratti di responsabilità obiettiva, a differenza del secondo (fondamentale, per la distinzione, NICOSIA, *op. cit.*, 92 ss.; v. anche P. ANGELINI, *Il "procurator"*, Milano 1971, 28 ss.).

²⁵² Che Q. Mucio si sia occupato di istituti pretori nei *libri iuris civilis* è stato già osservato (v. *supra*, § 8; così già SCHULZ, *Storia* cit., 138; ma cfr., in senso diverso, *ibid.*, 277); non si può escludere, sul piano della mera possibilità, che alcune sezioni dell'opera, invece di essere rac-

Una cosa mi pare sicura: che anche per questa via si ha conferma che quanto leggiamo nella *Pro Caecina* è in perfetta sintonia con i metodi di lavoro della giurisprudenza repubblicana sull'editto.

12. Conclusioni

Chiudendo un'indagine condotta su un aspetto particolare del rapporto fra pretore e giuristi repubblicani, quello delle forme letterarie, ci si deve limitare al consuntivo degli elementi che sembrano già sufficientemente delineati, senza pretendere di proporre una sintesi, che sarebbe prematura.

Secondo Pomponio, dalla cui lapidaria valutazione ha preso avvio la ricerca, le opere composte da Servio e Ofilio inaugurarono un genere. L'affermazione non può essere letta come se solo allora si fosse svegliato l'interesse dei giuristi verso l'attività normativa del pretore. È da Sesto Elio in poi che si colgono tracce dell'attenzione a rapporti che trovavano tutela nell'ambito del nuovo processo formulare.

Se l'interesse dei giuristi per il *ius praetorium* è sicuro, meno facile è misurarne il grado, perché le fonti inviano segnali diversi.

Che, prima di Servio, fosse un interesse tutto sommato secondario, lo farebbe pensare il fatto che la riflessione condotta sull'editto dai giuristi che lo precedono ha lasciato nella letteratura d'età classica una traccia se non labile, come a torto spesso si ritiene, certamente non profonda. È, del resto, probabile che alcuni indiscutibili mutamenti avvenuti nella giurisprudenza successiva a Q. Mucio, sia sotto il profilo sociologico sia delle tecniche, abbiano effettivamente favorito la definizione di nuove modalità nel rapporto fra i giuristi e il *ius praetorium*: l'iniziativa di dedicare all'editto opere autonome ne è, anzi, un segno sicuro.

Tuttavia, è l'editto stesso, con la sua storia, sebbene ormai scarsamente leggibile, a rendere testimonianza sulla collaborazione dei giuristi con i magistrati giusdicenti; la crescita e l'affinamento del testo non sono pensabili senza il sostegno di un ceto di tecnici. Inoltre, il testo edittale, nel primo terzo del I sec. a.C., possiede già – anche questo è un dato su cui non si deve sorvolare – caratteri di relativa stabilità e complessità; i coetanei di Servio non sembrano affatto avvertire nella compagine edittale cambiamenti tali da giustificare, anzi, per così dire, da esigere, una

colte di *responsa*, abbiano avuto, almeno *in nuce*, impianto lemmatico. Per quanto riguarda la provenienza muciana del commento all'*interdictum de vi armata*, sorge peraltro un problema, in relazione alla data di introduzione del rimedio (v. *supra*, nt. 73): se, come pare, era relativamente recente, calano le probabilità che se ne sia occupato diffusamente il *pontifex*, morto nell'82 a.C.

più intensa attenzione da parte dei giuristi rispetto a quella prestata in passato. Dando corpo al sospetto che quell'attenzione fosse, in realtà, già viva, l'esame della *Pro Caecina* di Cicerone ha aperto uno spiraglio su una fiorente interpretazione relativa all'interdetto *de vi armata* che, nei suoi contenuti e nella forma, prefigura compiutamente le opere di commento classiche.

Sarebbe azzardato, sulla base di questi elementi, affermare che l'interesse suscitato dall'editto nei giuristi anteriori a Servio fosse di gran lunga superiore a quello che emerge dalle testimonianze del loro pensiero conservatesi nelle opere dei giuristi classici. Tuttavia, sembra altrettanto sicuro che, come Labeone, nemmeno Servio e Ofilio costruirono dal nulla i loro libri sull'editto.