

IUS, NOMOS, MA'AT
L'EMERSIONE DEL DIRITTO NEL MONDO ANTICO

Introduzione..... p. 2

PARTE PRIMA
IUS, QUIRITES, REX

Quiriti: tra storia, diritto ed etimologia.....
.....p. 14

Quiriti, curie, comitia.....p.
24

*I quiriti, la detestatio sacrorum, il presunto processo dichiarativo di
sacertà*.....p. 50

Quiriti e testamento comiziale.....
.....p. 69

Quiriti e testamento comiziale.....
.....p. 142

*Iure caesus esto e ita ius esto: soggettività o
oggettività?*.....p. 168

PARTE SECONDA
NORMA, PRETESA, AZIONE TRA ORDINE TEOFISICO E ORDINE
POLITICO IN GRECIA ANTICA

Themis, dike e regalità arcaica.....
.....p. 214

Nomos, eunomia, isonomia.....
.....p. 230

Prediritto e diritto.....p.
254

PARTE TERZA

CARLO PELLOSO

MA'AT TRA DIRITTO ED INDIFFERERENZIAZIONE

Diritto, politica e religione nell'antico Egitto: sudditanza, prestito, indifferenziazione.....p. 274

'Weltordnung' e monarchia divina: alle fonti dell'antico diritto egizio.....p. 296

INTRODUZIONE

1. *Jacob e la cucina romana del diritto.*

Se qualcuno avesse voluto interrogare il buon Apicio circa la sua idea di *ius*, e gli avesse chiesto quale, secondo la sua opinione, fosse per l'appunto, il migliore *ius* possibile, senza ombra di dubbio, l'autore del *de re coquinaria* – che Tacito ci descrive come un ricco crapulone invescato in sordidi rapporti con Seiano – non credo avrebbe esitato a rammentare una delle ricette contenute nel sesto libro della sua opera gastronomica, totalmente dedicato al trattamento culinario dei volatili: per esempio quella del *pullus elixus ex iure suo*, vale a dire un antenato del gustoso 'coq au-vin', il pollo 'tirato' in un brodo insaporito di timo, menta, miele, olio, e del cd. *liquamen*, ossia un infuso a base di sale. Il polisemico sostantivo *ius* – come risulta senza mezzi termini dalla ricetta di Apicio – è ben attestato, infatti, nella rosa dei suoi significati, anche nell'accezione di sugo, succo, brodo (imparentato quindi con il francese jus e con l'inglese juice). Catone (senza alcuna volontà di spiritosaggine) nel *de agricultura* parla – impiegando il diminutivo – di un *iusculum*, ossia di un brodetto di cavoli, e in Plauto – con fine arguzia e consapevolezza del gioco di parole – la mezzana Melenide, rifiutando sdegnosamente la promessa di amore eterno fattale dal giovane Alcesimarco, definisce il *iusiurandum* di un uomo come un *ius confusivum*, un 'potage' fatto alla buona, messo su con quel che si ha in casa e che capita sotto mano. Ma è soprattutto in Cicerone che rinveniamo la più celebre facezia basata sulla cosciente identità tra *ius*, in accezione gastronomica, e *ius*, in accezione giuridica: nella celebre orazione contro Verre (reo del *crimen repetundarum*), l'Arpinate assicura che i Siciliani, esasperati dalla rapace amministrazione del pretore, erano soliti parlare con malizia di *ius Verrinum*, perifrasi che aveva sia il malevolo sapore di 'brodo di porco' sia il senso di 'giurisdizione di Verre'.

Il carattere 'anfibo' del sostantivo è certo divertente ed è indiscusso che abbia dato origine nelle fonti letterarie, come s'è visto, a spassosi giochi di parole basati su doppi sensi più o meno eleganti, ma è senz'altro ardito – sotto numerosi profili – voler seguire quello che Isidoro scrive nelle sue Etimologie circa il rapporto tra le due forme omografe e omofone: gli chefs dell'antichità – i *magistri coquinae* – avrebbero denominato *ius* il

sugo derivandolo da *ius* nel concetto di diritto, in quanto in cucina avrebbe imperato la *lex condimenti* o, per dirla coi Greci, la legge della 'zema', vale a dire della pentola in cui si sogliono cucinare le salse. Ciononostante, assai di recente, per la pericolosa strada appena lumeggiata dal vescovo di Siviglia nella sua accomodante *origo* di *ius*, si è arrischiato uno studioso belga, Robert Jacob, pur invertendo, in buona sostanza, i termini dell'equazione isidoriana.

A prescindere dal forse eccessivo calco di mano sulle testimonianze rinvenute nelle, peraltro non numerose, fonti atecniche latine, sono forti ed evidenti le suggestioni suscitate nello studioso dai magistrali lavori di Marcel Detienne e di Jean Pierre Vernant sui 'codici greci della cucina sacrificale': ad avviso dei due antropologi, infatti, la immolazione dell'ostia sacrificale - ad esempio in occasione di una *spondè* - a favore degli dei (che si soddisfacevano, in armonia col mito prometaico, mediante la inalazione dei fumi sacri), era seguita da uno stringente meccanismo rituale che prevedeva, anzitutto, l'imprescindibile operazione di arrostitimento delle viscere destinate ad essere mangiate dai ministri del culto, e dalla successiva bollitura destinata a un banchetto assai più allargato e tendenzialmente e simbolicamente serbato alla generalità dei consociati in una spartizione paritaria. Anzi, qualora il principio imperativo 'le bouilli doit suivre le roti' fosse stato disatteso (come accade nel mito orfico della selvaggia immolazione di Dioniso, prima bollito e poi arrostito, per essere poi cruentamente divorato), il fatto avrebbe significato una totale e imperdonabile eversione dell'ordine della norma poliade, con conseguente riconoscimento della violenza incondizionata dello stato naturale e giustificazione del *phonos adikos*, dell'omicidio non scriminato.

Senza addentrarci in dettagli inutili, lo Jacob si sofferma su talune notazioni di matrice comparatistica - quali, ad esempio, la constatazione che presso i Dogon la parola giusta è detta 'umida', fluida, 'succosa', laddove l'ingiuria verbale è definita come parola 'secca' -; di poi, egli argomenta in virtù di generali considerazioni secondo cui, da un lato, *ius* è, nel suo senso storico dinamico, la 'parola buona' che il magistrato pronuncia per determinare il principio applicabile per la risoluzione, da parte del giudice, della controversia tra privati, dall'altro, il sacrificio è la fucina concettuale che fornisce allo stato il suo sistema di valori più importanti, procedendo, da ultimo, ad una elencazione di parallelismi tra il lessico della commensalità sacrificale (*partitio*, *privatus*, *princeps*, *tribuere*) e il vocabolario giuridico romano. Sulla scorta del complesso di tali (e ulteriori) dati, lo studioso giunge a

queste conclusioni: l'ordine normativo che i Romani sono venuti a rappresentarsi è stato costruito in continua interazione con il sistema dei segni linguistici e simbolici che sviluppano la pratica dei sacrifici; quindi, le prime forme di *ius* sono state delle operazioni di materiale ripartizione rituale che mettevano in scena non solamente i compartecipanti e le cose compartecipate, ma anche le forze inderogabili a presidio della effettività del 'partage'. Così in forza dell'antropologia della parola normativa e dell'analisi delle corrispondenze tra sistemi simbolici deontologici, quello giuridico e quello del sacrificio, Robert Jacob perviene a sostenere che il latino *ius* 'le bouillon, la sauce, le jus', sarebbe forma originaria che, in virtù di una metafora caratteristica del pensiero simbolico, avrebbe portato all'affermarsi del *ius Quiritium* inteso come somma di spettanze riconosciute ai consociati, i *Quirites*: non, quindi, il 'brodo degli chefs' dal 'diritto', come voleva nella sua imbarazzante e inelegante equazione Isidoro, bensì - in un'altra se non imbarazzante, comunque impressionante derivazione - il 'diritto' dal 'brodo sacro delle ripartizioni rituali'.

2. Critica alla tesi di Jacob: etimologia ed evoluzione tra teogenesi e antropogenesi del diritto.

Sono numerosi i dubbi che, a mio avviso, non può non suscitare, a diversi livelli di interpretazione e di critica, l'eversiva tesi della cd. 'cuisine romaine de la norme'. In primo luogo, sotto il profilo paleografico, parrebbe alquanto azzardato sostenere una seppur lontana parentela tra i due sostantivi in questione: il cippo antichissimo del *lapis niger* ampiamente illustrato da Goidanich, da Palmer, e da Dumezil (cippo che verisimilmente riguarda il monarca primitivo nelle sue funzioni di *rex sacrificorum*) testimonia con l'imperativo '*iousetod*' che il più antico segno per *ius* nel senso di diritto impiegava il dittongo 'ou' (come, del resto, abbiamo indicazione dai resti epigrafici di alcune leggi repubblicane più tarde), laddove questa forma non risulta mai indicata per il significato di *ius*/brodo. In secondo luogo, forti perplessità lasciano gli argomenti, tanto cari all'antropologia del diritto, di natura squisitamente 'comparatistica-ipotetica', argomenti che si fondano, nel nostro caso, sulla convinzione di una corrispondenza della designazione dei 'jus de cuisson' comune a tutta l'area indoeuropea (e non solo): ma si tratta, ad onor del vero, di ricostruzioni ipotetiche, per così dire solo *in vitro* del cd. pensiero simbolico - pensiero a detta dell'autore stesso, sovente, per nulla lineare - che si fondano, per l'appunto, in riferimenti a presunte

analogie con culture più o meno imparentate con quella di riferimento, piuttosto che in un puntuale lavoro settoriale limitato all'area di specifico interesse (in questo caso il diritto romano). Un atteggiamento, forse, emulo di quello di Georges Dumezil che, elaborata l'ideologia delle tre funzioni indoeuropee (sacerdotale, bellica, economica), da un lato era costretto ad ammettere che la tricotomia da lui presunta come codice genetico dei popoli ariani non doveva sempre tradursi in una divisione triadica reale in ogni popolo (come sarebbe avvenuto invece per il modello indiano delle caste), rappresentando infatti un semplice ideale, un modo di analizzare e di interpretare le forze disciplinanti il corso del mondo e le vite degli uomini in particolare; dall'altro forzava con violenza le fonti romane - come gli rimproverava sapientemente il Momigliano - in modo tale da ricondurre le tre *species* del matrimonio più antico, caratterizzato dalla *conventio in manum*, vale a dire *confarreatio*, *usus*, *coemptio*, sia - sul piano religioso - alle persone della triade capitolina, Giove, Marte e Quirino, sia - sul piano pratico - alla tricotomia funzionale indoeuropea di modo che ad ogni classe sarebbe corrisposto, funzionalmente, un ben determinato tipo di matrimonio. Il che non trova alcun supporto: e ciò anche senza voler aderire alle tesi di Giovanni Semerano che considera 'favola' ogni elucubrazione filologica o antropologica (come le celeberrime ricostruzioni linguistiche di August Schleicher) che parta dal convincimento dell'esistenza di un ipotetico sostrato culturale comune etichettato come indoeuropeo: anche alla luce degli scavi archeologici di Lavinio, che attestano una società precivica divisa in classi d'età celebranti una medesima forma matrimoniale di stampo collettivo al raggiungimento della *capacitas coeundi*, per quanto si risalga indietro nel tempo non esiste alcuna traccia di una tripartizione del matrimonio legato all'esistenza di tre caste funzionali. Parimenti, a quanto mi risulta, non esiste nelle fonti latine nessun diretto rapporto tra un presunto originario 'sacrificio ripartitivo' dell'ostia, fondato sul principio del *suum cuique tribuere* (con cui i *Quirites* originariamente avrebbero banchettato in segno della forza agglutinante delle prescrizioni rituali e della comunanza 'politica' di valori e ideali in nome della divinità), e il *ius* oggetto del *dicere* magistratuale, determinazione formulaica del principio di diritto suscettivo di essere applicato alla fattispecie controversa.

Ma anche gli ausilii forniti dall'etimologia sembrano deporre per una prudente presa di distanza dalla teoria rivoluzionaria di Robert Jacob. *Ius* - a mente delle considerazioni del Devoto in tema del più antico vocabolario giuridico romano - si riconetterebbe alle

radicali dell'indoeuropeo *yauz/yaus/yaos ed etimologicamente sarebbe da associare al sanscrito *yōh* (formula), e a composti tanto vedici (*sám ca yos ca*, 'formula di salvezza', 'invocazione di celeste benedizione'), quanto avestici (*yauzdadaiti*: egli purifica attraverso il rito): i primi indicanti la presenza, staticamente intesa, della 'purezza rituale' e della piena validità (*optimum*) di uno status, i secondi impiegati per indicare, dinamicamente, il raggiungimento dell'assenza di contagio con la sfera della morte. La radice indoeuropea, quindi, mentre nell'area indica avrebbe generato un'idea connessa alla pacificazione, nell'area latina, avrebbe avuto, nel suo primevo ambito semantico, il concetto 'incitatore' (Tondo) di 'forza rituale' (Santoro) o di 'formula rituale' (Levy-Bruhl, Schiavone), e il derivato *iurare* avrebbe significato 'operare con una formula fausta dal potere magico' (Devoto).

Altre etimologie, per vero, sono state proposte dalla giusromanistica per definire, sulla scorta di quella «prima dogmatica giuridica» che è rappresentata dalla linguistica (Biondi), il più antico significato di *ius*: il Gioffredi, per esempio, percorrendo sentieri assai distanti dalla *communis opinio*, una volta collegato il sostantivo *ius* al verbo *iungere* e alla radicale *iug (zeugnymi), attribuiva al più antico significante '*ius*' il senso di 'riunione dei consociati', o meglio di 'cerchio di Quiriti' alla presenza dei quali si svolgeva il duello ordalico; inoltre, una volta ascritto alla forma verbale *dicere* il significato di 'stabilire', 'creare', 'costituire', lo studioso riteneva, forte della convinzione che l'idea di diritto diventi sensibile in una società primitiva solo con il contenzioso, che se in un primo momento i contendenti (o i loro campioni) risolvevano la lite con un giudizio di dio, sarebbe stato del tutto naturale il passo successivo, nell'evoluzione storica e linguistica, verso l'idea di *ius* quale decisione rimessa al capo della comunità, che *iungit* (che lega e vincola) e, per traslato, come «comportamento voluto dagli dei o imposto dal magistrato», «fissazione autoritativa di ciò che è» «spettanza» ovvero «regola», «regime giuridico», «situazione giuridica», «comportamento vincolato».

Se si prende in esame il pensiero, per così dire, 'teocratico' e 'teogenico', formulato dal De Francisci, invece, esso postula un *ius* etimologicamente connesso alle radicali di *Iovis* e di Zeus (*yowos) indicanti - come è noto - l'idea della luminosità divina: tale ricostruzione è interamente percorsa dalla teoria del 'Führertum', ossia dalla teoria della nascita dell'ordinamento di Roma sulla base del *ductus*, del carisma personale del *rex-ductor*, di una guida divinamente ispirata cui si rimettono le sorti della vita sociale

stessa. La soluzione dei casi controversi, in altre parole, ad avviso del De Francisci, veniva rivelata ai capi precivici e al *rex* dagli stessi dei (*numina*) immanenti nella natura: così, se l'indeclinabile *fas* denotava, genericamente e rigorosamente, solo il 'volere divino' in sé e per sé considerato, come rivelato ai consociati e alle assemblee, *ius*, nella sua declinabile duttilità, era la 'decisione specifica' sostanzialmente 'celeste', promanante direttamente dagli dei in ordine a singole controversie, ma formalmente rivelata dai rappresentanti della comunità terrestre. Secondo queste scuole di pensiero (riconnesse, all'evidenza, al pensiero di Summer Maine), quindi, il nucleo più remoto dell'ordinamento romano non sarebbe dato dalla stratificazione consolidata (*diuturnitas, comprobatio*) di principi, regole, rituali, oralmente tramandati di generazione in generazione senza alcuna codifica scritta (un diritto, insomma, a formazione, essenzialmente consuetudinaria), ma si sarebbe precipuamente risolto in una serie di 'decisioni' aventi la forza di precedente: il diritto sarebbe stata la proclamazione del re attraverso 'formule rituali' e il primigenio valore di *ius* (da cui sarebbero discesi quello di diritto soggettivo e diritto oggettivo) sarebbe stato quello di 'solenne risoluzione di una lite attraverso la creazione di una regola da applicare *in similibus rebus*'. Tale ricostruzione, se da un lato, ha l'indiscutibile merito di valorizzare il ruolo originario del contenzioso nella strutturazione del *ius* e il ruolo del *rex* e degli dei in merito alla affermazione dei principi fondanti l'ordinamento romano, dall'altro, riduce in modo massiccio l'impatto creativo dei *mores maiorum* (e della originaria giurisprudenza pontificale). *Mores* da taluno, invece, fatti assurgere a 'fondamentale patrimonio giuridico romano', in concomitanza con la riduzione all'originario '*ius dicere*' regio non ad attività creativa, bensì solo rivelativa di un fondo già esistente di costumanze preciviche (Albanese, Guarino), da altri concepiti - in buona sostanza - come un 'urroemischen Naturrecht' (Kaser).

3. *Il più antico ius e il nomos: indistinzione e aporie del prédroit.*

Le due visioni (teogenetica / antropogenetica) , invero, potrebbero essere conciliate, lungi dall'essere tra loro incompatibili, anzitutto, alla luce di talune considerazioni di carattere storico e metodologico. Da un lato, infatti, sembra preferibile parlare almeno per i primi secoli di Roma, come ha sostenuto il Catalano, non tanto di un ben definito 'ordinamento giuridico', quanto di un indifferenziato 'sistema giuridico-religioso'

(vd. pure Sini e la critica alla *Isolierung* di Schulz); dall'altro, come già Nietzsche rilevava, è necessaria somma prudenza nell'affrontare i problemi cd. di origine. Questi dovrebbero essere intesi dallo studioso (tanto in veste di storico, quanto di genealogista), non come problemi di *Ursprung*, ma come questioni attinenti alla *Herkunft* o alla *Entstehung*, dal momento che, spesso si propende, in tali analisi, ad un dispiegamento metastorico di «significati ideali e di teleologie indefinite». Infine, come ha recentemente sottolineato con solita maestria Giorgio Agamben, è altrettanto necessario ogni volta che si presuppone, a monte di una scissione storica, uno stadio preistorico (o comunque più originario) unitario, la accortezza «di non proiettare semplicemente sull'«indistinto primordiale» presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione».

Quindi, operare, come ha fatto Louis Gernet, una separazione mossa dal desiderio di superare la distanza formale tra il diritto e ciò che non è tale, ossia tra la sfera del *cd. droit* (funzione autonoma e specifica), e quella del *prédroit* (modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo), in altre parole, significherebbe estendere arbitrariamente – seppur sotto il profilo qualificatorio – ad un mondo a cui ancora il giuridico, il religioso, il magico sono concetti estranei nella loro specificità, senza tener conto del fatto che questa realtà primigenia non è il risultato della aritmetica sommatoria degli aspetti differenziati. Ovviamente tutto ciò non significa affatto che non sia possibile rinvenire allo stadio del diritto differenziato, vestigia dell'originaria indistinzione; vestigia qualificabili, seppur solo *a posteriori*, in termini ora di religione, ora di magia, ora di violenza naturale indiscriminata. Nella dialettica che vede i propri termini di antitesi nella differenziazione e nella indifferenziazione, quindi, lo Gernet, indica la derivazione delle pratiche 'procedurali' (considerate espressione indefettibile della 'technique autonome') da contegni che risulterebbero pienamente intelligibili solo se inseriti in un contesto il cui pensiero è, per l'appunto, diverso rispetto a quello del mondo del diritto: così, non solo il campo 'religioso' (come invece pare intendere Agamben), ma anche quello 'ludico' si impongono, nel pensiero gernetiano, quale contesto imprescindibile, i cui istituti e la cui terminologia verranno trasfusi nella sfera di operatività e nel lessico giuridici (essendo, paradigmaticamente, l'agone sia il luogo prestabilito per le decisioni scaturenti dalla 'lotta', sia la sede della decisione scaturente dalla 'sentenza'). Il flusso continuo tra le forze del

'*prédroit*' e gli istituti del '*droit*' (meglio dell'indistinto e del giuridico autonomo) non è, però, convogliabile in un solo canale. Molteplici sono i condotti irradiati dalla medesima sorgente: il canale del '*magico*' che lega gesti, parole, oggetti, colori alla produzione '*simpatica*' di determinati effetti, è testimoniato dall'impiego delle «suppliche obbligatorie» della Grecia precittadina, o dal ricorso nei trattati internazionali alle *φρα...* («'imprecazioni' in funzione di sanzione»), nonché dal gesto dell'*Órkon ĐmnÚnai*', consistente in origine nell'afferrare con forza il bastone', e tradotto nell'atto vincolante di 'prestare un giuramento'. Quello dei giochi, invece, ben è dimostrato, dal meccanismo di assegnazione dei premi come descritto da Omero in occasione degli agoni funebri banditi da Achille in onore di Patroclo: da un lato, la «*mainmise sur le prix*», su iniziativa del vincitore e la ratifica della comunità abbozzerebbero gli elementi di quel potere individuale che, *sub specie iuris*, non si esiterebbe oggi a chiamare proprietà; dall'altro, le contestazioni a fine gara (si pensi, dopo la celeberrima competizione coi carri, alla disputa '*potenziale*' tra Antiloco ed Achille risolvibile con il duello; o a quella tra Menelao e Antiloco, risolta col deferimento di un giuramento decisivo, ma risolvibile *in primis* con il ricorso alla assemblea) avrebbero in sé tutti i germi del processo. Infine quello della vendetta (stilizzato storicamente in forma simbolico-sacrale) ben si evidenzia nella '*dichiarazione di guerra*' ad opera dei legittimati attivi della *d...kh fónou*, azione solo privata per perseguire l'omicidio, sulla tomba dell'ucciso, nell'atto di piantare una lancia: l'esperimento dell'azione, all'evidenza, era l'evoluzione di un'originario '*self-redress*'. La stessa attività di legislazione (massimamente in tema di omicidio), fiorita nel mondo greco a partire dal VII secolo, rappresentava l'esito più razionale di una antica pratica oracolare e di una ideologia fondamentalmente religiosa: il principio della impurità dell'omicida e la regolamentazione del *katharmòs*, derivavano dall'oracolo delfico (e, come Oreste insegna nel suo dialogo con Atena, '*purezza*' e '*irresponsabilità*' erano equivalenti); inoltre, da un prologo '*magico*', ossia da una *epodè*, Caronda avrebbe fatto precedere le sue leggi per la città di Catania, così da '*incantare*' chi avesse avuto il proprio spirito ossessionato dal pensiero di atti criminali.

In altre parole, anche quando alla logica dell'*aidos* e all'etica del successo, si sostituisce un'idea di rinnovamento che vede nel principio panico di *dike*, attuato positivamente nel *nomos* politico, un restringimento dello strapotere dei *gñh* e della operatività della '*shame culture*', il nuovo metro comunque va spesso a conglobare

sia gli antichi criteri 'aretistici' sia la condanna delle condotte 'hybristiche', senza che le antiche radici dell'individualismo competitivo della 'agonistic society' vengano estirpate. Gli strumenti del *nomos* storico non si risolvono, insomma, in quelli del puro 'diritto', ma anche in mezzi forieri di un germe dell'originale indistinto: la giustizia, più ampiamente, si avvaleva di un armamentario che non si limitava al riconoscimento previo di diritti, all'impiego di mezzi processuali 'laicizzati', razionalizzazione e limitazione della originaria violenza incontrollata degli appartenenti ai gruppi tribali (cellule del futuro organismo della polis), ma si avvaleva altresì della forza di concetti ancestrali, quale quello di contaminazione, del potere catartico della magia; né la logica del *nomos* intendeva (o forse non aveva ancora la forza sufficiente per) abolire *in toto* il ricorso cd. 'pre-giuridico' (meglio, attesa la inesistenza di categorie autonome, del cd. mondo indistinto) al farsi 'giustizia da sé' da parte dei privati tenuti alla vendetta per primitive ragioni connesse al prestigio sociale (come attesta il regime solonico del furto manifesto o l'azione privata e non pubblica per l'omicidio).

4. *Indistinzione originaria a Roma: fas, nefas, ius dicere.*

Il perdurare di sintomi di indistinzione primitiva nel mondo nomico greco, quindi, pare un fenomeno pacifico. Non ci resta che tornare alla Roma delle origini e proseguire nel tentativo di determinare il primitivo concetto di *ius*, per poter constatare poi, se almeno in principio, in quel mondo che, unico nell'antichità, diede al diritto il rango di scienza, operandone una netta separazione dalla politica, dalla filosofia e dalla religione, sia possibile individuare alcuni segni del primevo indistinto. Ora, se gli dei greci, eternamente separati dagli uomini, sono portatori di una volontà imperscrutabilmente cangiante (*moira* in senso stretto), che incide spesso capricciosamente sugli accadimenti dei mortali, privi della facoltà di governarne in modo meccanico la direzione e assoggetti, comunque, a un destino ultimo che si compie indipendentemente dalle determinazioni degli stessi dei (*moira* in senso lato), gli dei romani sono controllabili dagli uomini. Anzi e meglio: come scriveva icasticamente la Arendt gli dei vivono in Roma. Mortali e immortali, infatti, sono subordinati a uno stesso sistema prescrittivo, teso al mantenimento di quella situazione di equilibrio cosmico che prende il nome di *pax deorum*, garanzia per la *civitas* umana, benevolmente considerata dagli dei, di piena prosperità.

Ad una originaria e servile adorazione dei *numina* (forze oscure sintomatiche di una volontà incontrastabile espressa – come rivela l’etimo – non a mezzo di parole di comando, ma di segni rivelatori) fece ben presto seguito il tentativo di interpretare i voleri della natura divina circostante, in modo da conoscere in anticipo ciò che fosse stato lecito (*fas*) e illecito (*nefas*) compiere: ecco il valore primevo del *fatum*, concetto-cornice entro cui iscrivere le problematiche connesse al *ius*, ossia il volere divino rivelato agli uomini attraverso segni della natura (*fata sunt quae divi fatuntur*, come riconosce Servio). Un concetto assai meno pervasivo, assorbente e radicale della moira greca (simbolo di un ordine immutabilmente predeterminato dei destini umani), concetto che condusse ottimisticamente le genti romane e preciviche a non considerarsi l’oggetto di una suprema predestinazione, ma a ritenere di poter piegare la maggior parte dei *fata* divini con preghiere (come gli *indigitamenta*), riti e sacrifici: insomma, con meccanismi di magia cd. simpatica. Sino a quando, infatti, l’universo circondante rimane altro (ossi lontano, diverso, incontrollabile), ogni sua manifestazione sfugge a qualsivoglia tentativo di controllo e regolamentazione: il tutto, per lo spirito romano, va invece trasformato culturalmente e ritualmente in ‘fatto umano’, in ‘fatto culturale’; l’universo va concepito non su basi cosmiche, ma in modo volutamente limitato, in modo tale da costruire tassello dopo tassello, attraverso una trama fitta e totalizzante, una realtà che possa essere strappata all’imponderabile e all’incerto divenire, una realtà su cui poter esercitare un costante controllo, come testimonia, ad esempio, il *pomerium* tracciato dal fondatore attorno al Palatino. *Fas* e *nefas*, quindi – sia da Festo che da Ausonio riconnessi al greco *Themis* – rappresentavano le prime indeclinabili espressioni del più antico imperativo giuridico-religioso romano, individuando i confini dell’agire umano entro una rigida tavola di valori divinamente forgiata. È, dunque, nella sfera del *fas*, l’ambito della autodeterminazione lasciata dagli dei agli uomini, che si colloca la volontà disciplinante dei romani, tesa a non lasciare spazi vuoti al caso: da un lato, infatti, – prima della bipartizione del processo arcaico con Servio Tullio (Livio) – si inserivano le pronunce (*dictio*), talora meramente ricognitive di precetti pre-esistenti, talaltra – in forza delle necessità del singolo caso – innovative, dei capi (prima tribali e poi cittadini), dall’altro, si inserivano i *mores* più antichi di origine gentilizia (che ovviamente non potevano contraddire l’imperativo negativo del *nefas*), elevati a *ius* a mezzo non solo dell’attività di legittimazione dei *reges*, ma anche – divenuto il *rex*

un solo *ductor* militare sul finire del VI secolo - della interpretazione pontificale. Il tutto sempre in nome di una divinità ispiratrice, segno della originaria indifferenziazione: il primo *rex* della monarchia primitiva (che, come il re dei sacrifici repubblicano, è *potentissimus*, che è *optimus augur* e, come sappiamo da Ennio, che è *induperator*) è autorità che si auto-impone, inaugurando sé e il Palatino; ed è in forza della mitologia costruita attorno alla sua persona che, come ci dice Livio, Romolo - al pari dei suoi successori, come possiamo apprendere dal celebre discorso di Tanaquilla - '*iura dedit*' o, come precisa Pomponio, '*leges tulit ad populum*'. Il re diede vita unilateralmente all'ordinamento romano attraverso le sue solenni pronunce orali (*leges*) dinanzi alle curie, ora creando nuovi principi, ora legittimando nella nuova *civitas mores* già esistenti: egli riconobbe a ciascuno il proprio *ius*, ossia, secondo quella che mi pare esser la miglior interpretazione del sostantivo, la «sfera entro la quale l'individuo può esercitare la propria potenza» pronunciata in indissolubile connessione con il giudizio o, come vedremo, sempre in un contesto tipizzato e ritualizzato. Carisma personale (*ductus*) e benedizione divina (*inauguratio*), insomma, rappresentavano il fondamento primo della 'sovranità latina' e, quindi, dell'inerente potestà 'nomopoietica' del re, laddove il potere sapienziale e ritualistico dei pontefici - e quindi l'attività stessa di *interpretatio* - avrebbe occupato, come ci informa Verrio Flacco, per tutta l'età della monarchia primitiva, l'ultimo scalino della gerarchia sacerdotale (Carandini): solo con la bipartizione del processo, contestuale alla desacralizzazione etrusca della persona del monarca, il ruolo della giurisprudenza sacerdotale (che fu invece determinante quanto mai durante tutta la fase repubblicana) trovò nuova linfa e nuovi spazi di operatività, nella funzione dello sviluppo del sistema normativo, determinando quell'*unicum*, nel mondo dell'antichità, rappresentato dalla enucleazione del diritto come categoria a sé stante. Un quadro quello da me presunto, quindi, molto diverso da quello rappresentato da Schiavone il quale, in una sorta di schematica sovranità bicipite, parla di una originaria pulsione ordinatrice romana articolata su due piani, secondo cui il piano del *rex* non interferirebbe affatto con quello sacerdotale cui sarebbe riservato un *ius*, ordine costituito da vincoli orizzontali *inter patres*, vincoli indipendenti dal potere regio e, pertanto, *ab origine*, separati dal potere politico.

Che entro il quadro dell'originario sistema prescrittivo romano, peraltro, il primevo concetto di *ius* sia non tanto quello di

‘ordinamento’, ma quello di ‘spettanza’ e che in esso sia presente un’indefettibile matrice magico-religiosa mi pare ben testimoniato dalle fonti più antiche a disposizione, anche a voler prescindere dalla considerazione di carattere generale che l’idea unitaria di ‘sistema’ in senso oggettivo presuppone – sulla base di consolidate abilità contemplative della realtà esistente – poteri di sintesi, astrazione ed induzione che si riscontrerebbero solo in una fase successiva dello sviluppo intellettuale e culturale del pensiero. Se, prendendo in esame il codice decemvirale, esuliamo da tutti i passi in cui si rinviene *ius* nel senso sicuramente traslato di ‘contesa giudiziaria’, ‘procedimento rituale’, ‘tribunale’, nel versetto consacrato in Tab. 6.1 (*cum faciet nexum mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*), ad esempio, non si può spiegare la presenza di *ius* come espressione di un ordine superiore positivo, ossia di un «diritto obiettivo» (in quanto concetto questo evidentemente anacronistico). Sicuramente più collimante con la realtà è l’interpretazione di chi già ha visto riflesso nell’imperativo in questione un ‘diritto immediatamente eseguibile’, ossia una pretesa con la stessa forza di quella stabilita con giudicato, e pertanto azionabile con *manus iniectio pro iudicato*: e ciò non tanto per l’errata convinzione di una immediata ‘Exekutivkraft der Libralakte’ (‘Akte’ asseritamente forniti di una formula ‘*damnas esto*’), quanto per l’evidente spostamento operato in una direzione marcatamente soggettivistica. Rimanendo concentrati sulla formulazione della *lex* di Tab. 6.1, ci si accorge agilmente come i due negozi elencati (*nexum* e *mancipium*) siano connotati da una forma a rilevanza «esaustiva» che annichilisce il contenuto volitivo e lo schiaccia in una relazione indissolubile tra ciò che è oggettivamente reso sensibile dal *nuncupare* e la ‘sfera di potere soggettivo’ che ‘performativamente’ i *gesta* e i *verba* determinano nel suo venire in essere puntualmente definito: ‘allorchè si ponga in essere un *nexum* o una *mancipatio*, sia (*esto*) in capo al ‘creditore’ o al *mancipio accipiens* una ‘sfera di potere’ (*ius*) non più ampia e non più ristretta di quella che (*uti ... ita*) con la lingua risulta dalle indicazioni verbali che l’hanno creata (*lingua nuncupassit*)’.

Con la *lingua* il rito gestuale crea e definisce l’area entro cui un soggetto è ‘potente’, ‘agente’ e ‘pretensivo’, ossia formula a mezzo di ‘performative utterances’ il *ius*: un’invincibile eziologia meccanicistica connette la ‘forza creativa’ dei *verba*, entro certi *gesta*, a una ‘forza attiva’ ben delimitata, così come, in origine, è il *rex* che, *ius dicens*, performa in nome degli dei, in capo ad un soggetto, una sfera di azione ben determinata e prima controversa.

Come spiegare, di poi, se non con il potere performativo della parola (esplicazione della convinzione romana originaria di poter controllare e piegare il reale), la formula della *mancipatio*, che Gaio ci conserva nelle sue Istituzioni, nella parte in cui il *mancipio accipiens*, a fronte del silenzio dell'alienante, asserisce – prima di compiere il celebre gesto rituale con la festuca – che lo schiavo oggetto della vendita reale è suo '*ex iure Quiritium*', senza poter vantare, invero, un titolo a monte?

5. *Nomos: lex o Gesetz?*

Del resto, il ruolo centrale e del dio e della regalità nell'originario manifestarsi del fenomeno giuridico romano, troverebbe se non speculari forme, comunque forti analogie, nel mondo greco: e ciò contro quanto sostenuto di recente da Aldo Schiavone. Secondo l'autore, infatti, *lex* e *nomos* nel V secolo, avrebbero avuto ciascuno nel proprio contesto significati tra loro contigui e sfere pressoché corrispondenti, imponendosi come paradigmi di un modello di diritto antitetico a quello sapienziale, aristocratico e consuetudinario rappresentato da *ius* nel suo significato oggettivo. *Nomos*, parola sconosciuta ad Omero, avrebbe avuto in Esiodo, Archiloco, Teognide ed Alceo, un significato oscillante, almeno in origine, intorno all'idea della ritualità religiosa o al principio consuetudinario se non al precetto morale; solo col finire del VI secolo, il nostro vocabolo, sotto la spinta democratica che si stava affermando in quegli anni grazie a Clistene, sarebbe divenuto bandiera del diritto scritto dettato dalla politica, legge umana apportatrice di *isonomia*: legge, scrittura laicità, quindi, sarebbero stati, ad avviso di Schiavone, la triade concettuale di cui *nomos* era simbolo, in opposizione all'archetipo del diritto fluido e non conoscibile, fondato sull'arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria manipolabile a piacimento dai detentori del potere. La equazione, così concepita, tuttavia mi pare assai banalizzante del più puro concetto di *nomos* e non mi pare affatto tener conto del processo storico che ne precede l'affermarsi come modello di organizzazione politica nell'Atene del V secolo. Vero è, infatti, che, impiegando il lessico della indistinzione, nel mondo greco primitivo il concetto stesso di diritto era intimamente legato a quello di religione. Nella pluralità stratigrafica dei modelli di decisione delle controversie riscontrabili nei poemi, infatti, i re omerici (che non esiterei a identificare coi sovrani micenei 'ispirati divinamente') si pronunciavano, in forme oracolari, quale 'bouches

des dieux', dettando la soluzione delle singole controversie: Nestore ci descrive Agamennone come wanax che conserva le *themisthes* in nome di Zeus e detiene lo scettro del potere; Ulisse afferma che il comando dell'esercito argivo deve essere unico in capo al *basileus* che da Crono ha ricevuto lo scettro e le *themisthes*; Minosse, nell'Odissea, viene dipinto nella sua solenne funzione di giudice come un sovrano che ha in mano lo scettro e pronuncia sentenze conformi a *Themis*; e in connessione col giuramento di Achille il poeta parla di *dikaspoloi* che hanno *themisthes* in nome di Zeus. Tali pronunce assunsero, passo dopo passo, il valore di veri e propri precedenti normativi senza cessare di essere concepite come indiretta manifestazione del volere celeste, rivelatrici di un codice comportamentale connaturato allo stesso mondo greco seppur nella pluralità atomistica delle comunità organizzate. Quindi, in questo clima, andarono ad emergere i *thesmoi*, ossia le istituzioni fondamentali che rappresentavano la stessa costituzione spirituale delle *poleis*, fino a quando tra VII e VI secolo, come già detto, un movimento greco di legislazione, tanto orientale, quanto occidentale si diffuse (indissolubilmente legato a nomi come quello di Licurgo, di Zaleuco, di Caronda, di Dracone) imponendo il paradigma del *nomos*: ma quest'ultimo concetto era assai diverso da quello di cui è foriero la nostra legge o la *lex rogata* romana. A differenza del *kerygma* e dello *psephisma*, il *nomos*, infatti, non era inteso come il mero prodotto laico di un organo della *polis*, bensì come norma immemorabile che la coscienza del popolo riteneva preesistente alla polis o ad essa connaturata, valida teoricamente in eterno. Eraclito trova nella divinità la fonte primigenia delle singole manifestazioni positive nomiche, così come nelle Eumenidi, nell'Edipo Re, e nello Ione si manifesta il medesimo concetto; concetto che, così strutturato, non rimane affatto relegato alla sfera del poetico o della speculazione filosofica. Anche gli oratori classici, infatti, nelle loro arringhe dinanzi ai giudici popolari, non esitavano a manifestare tale convinzione: riprendendo una formula platonica, lo pseudo-Demostene, ad esempio, fa derivare - in un passo conservatosi addirittura nel Digesto grazie al dettato di Marciano - il valore vincolante della legge ecclesiale dal suo essere un 'dono divino' e pure Antifonte e Licurgo si pongono su una medesima scia di pensiero.

Schiavone, quindi, volgarizza il significato di *nomos* interpretandolo in un'accezione 'kelseniana' di legge: certamente, come sottolineato anche da Emanuele Stolfi, l'ideologia democratica aveva condotto nel V secolo all'affermazione della

politica come categoria principale e assorbente della vita comunitaria e la legge prodotta dall'*ekklesia* costituiva il frutto della partecipazione popolare e al contempo la garanzia di un'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla *polis* e alle sue regole; tuttavia, anche nell'Atene classica, l'indiscusso primato del *nomos* (testimoniato dal giuramento eliastico, dalla procedura della *nomothesia* e dalla subordinazione gerarchica dello *psephisma*) non derivava affatto dalla sua concezione quale esito di un comando meramente politico, bensì dal suo essere corrispondente alle istanze più profonde di equità e di giustizia che si incarnavano nelle originarie *themisthes* divine e nei successivi *thesmoi*.

Se pure Hoelderlin, nel diciannovesimo secolo, confondeva - ma forse solo terminologicamente - *nomos* con 'Gesetz', di contro, secondo la celebre teoria del '*nomos* della terra', fondata sul frammento pindarico num. 169, citatissimo e maneggiatissimo tra gli antichi (da Erodoto a Elio Aristide), Carl Schmitt riteneva che il *nomos*, nel suo senso originario, fosse superiore 'Rechtskraft', pura e diretta forza giuridica, non mediata da singole e contingenti disposizioni positive frutto di convenzioni; il *nomos* era il principio costitutivo del diritto stesso, la cui sovranità (comprensiva e dello stato di natura e dello stato di eccezione), Pindaro definiva attraverso la giustificazione della violenza, in una sintesi dialettica tra due principi, *bia* e *dike*, composti così ad unità indistinta. Un'antitesi 'composta' che, in Esiodo, invece si presentava come scissione a mezzo del *nomos* stesso in due realtà e che Platone, sia nel Gorgia che nelle Leggi, voleva neutralizzare nel tentativo di decostruire le tesi sofistiche sulla antecedenza della *physis* al *nomos*; tesi che, da un lato, conducevano Ippia e Gorgia, in definitiva, a giustificare la violenza del più forte, dall'altro, avrebbero portato Hobbes a vedere il principio di sovranità quale indistinzione tra diritto e violenza, condensazione indifferenziata del *ius naturae contra omnes* nella società.

Come ha messo in luce il D'Agostino, in modo concorde tra le sue diverse manifestazioni, la stessa mitologia mette in luce il nesso che unisce la 'violenza' (privata, agonale, sacra) al 'droit', quale «sterilizzazione del conflitto», ma non quale suo annichilimento: violenza naturale e incontrollata (che però ha in sé già il germe del *nomos* in potenza) là dove non vi siano norme capaci di disciplinare il ricorso ad essa e sanzionarne l'abuso; violenza incardinata in un sistema attraverso (più o meno) raffinate ritualizzazioni che in sé mascherano o, comunque, ricordano - nella loro struttura interna, nei loro segni esterni - l'indiscriminato ricorso ad originari atti di

mera ritorsione. I miti, rispecchiando quello stato di violenza cui – nel flusso delle forze dell'indistinto primordiale alla 'fonction autonome' – si rifà la stessa esperienza giuridica arcaica, rimarcano con insistenza lo stato di assoluta precarietà delle comunità pre-giuridiche e alludono ad una violenza cosmica di cui parteciperebbe 'naturalmente' l'uomo stesso: una violenza che nella sua forma caotica deve essere abbandonata attraverso un atto di frattura (non netta e assoluta, ma comunque effettiva). Una violenza che René Girard ha invocato quale realtà fondatrice del diritto, scaturigine del vincolo aggregativo ed esorcizzabile attraverso il convoglio della aggressività collettiva nella vittima sacrificale, giacché «in tutte le istituzioni umane, si tratta di riprodurre, per il tramite di nuove vittime, un linciaggio riconciliatore». Una violenza che Heidegger ha identificato nel *Polemos* eracliteo, matrice e custode (*Logos*) del diritto.

PARTE PRIMA
IUS, QUIRITES, REX

Quiriti: tra storia, diritto ed etimologia.

Gli studi che negli anni si sono affastellati intorno alla decifrazione, tanto linguistica quanto storico-giuridica, del sostantivo *Quirites* - il quale, vale la pena sin da ora rammentarlo, si ritrova in via pressoché esclusiva al plurale¹ - richiedono un'attività di attento vaglio che, più che essere tesa alla determinazione di «ciò che si può dire», deve mirare, in prima battuta a «ciò che non si deve dire a proposito di *Quirites*»². Mi espongo sin dal principio, accogliendo così l'invito del Nocentini, e compendio - senza, tuttavia, la pretesa o il sussiego di sconvolgere convinzioni quanto mai diffuse e radicate - ciò che, in negativo, mi pare lecito ritenere sul punto: sotto il profilo istituzionale, a mio avviso, i 'Quiriti' non sono affatto i 'Romani'; sotto il profilo linguistico, d'altro canto, non credo il sostantivo '*Quirites*' sia qualificabile come un etnico.

Chi sono allora i quiriti (l'impiego della 'q' minuscola non è una svista), cosa è celato dietro «l'alquanto misterioso» appellativo, che realtà è adombrata dal nesso *ius Quiritium*? Le possibili soluzioni alla prima questione, del resto, sono sempre state oggetto - sin dai tempi più antichi - di una fondamentale bipartizione. V'è, da un lato, chi considera *Quirites* un sinonimo (o un sostantivo con valore affine) di Romani³; v'è, dall'altro, chi escludendo la interpretazione cd. etnica, pensa di dover operare una equazione tra il nome comune *cives* e quello - grammaticalmente omogeneo - *Quirites*⁴.

Se lo sguardo si protrae all'indietro, sino all'età dei primi scrittori in lingua latina con velleità li linguisti, non può che constatarsi come, da una parte, fosse granitica la convinzione 'en bloc' della perfetta sovrapponibilità tra Romani e Quiriti, dall'altra, la tesi etnica venisse fondata su argomentazioni alquanto divergenti tra loro. Si associava, ora, il nostro sostantivo alla divinità di Quirino e al *collis* (ossia il Quirinale), ora alla città sabina

¹ Il solo caso di nominativo singolare è in Fest. 304 Lindsay (ma cfr. Varr. *L.L.* 7.42); cfr., altresì, Hor. *carm.* 2.7.3; *epist.* 1.6.7; Ov. *Am.* 1.7.29, *metamorph.* 14.823; Pers. 5.75; Lucan. 2.386; Iuv. 8.47

² A. NOCENTINI, *Miti etimologici antichi e moderni intorno a Quirites*, in *Arch. glott. it.*, LV, 1970, 128 ss.

³ G. NICOLET, *Il mestiere di cittadino nell'antica Roma*, trad. it., Roma, 1980, 31.

⁴ Cfr., per tutti, A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 182.

di *Cures*, ora alla voce sabina '*curis*', vale a dire lancia (benché, ad onor del vero, una giustapposizione diretta tra i due sostantivi giammai compaia e sia fondata solo attraverso il medio di *Quirinus* o di *Iuno Curitis* o *Curis*)⁵.

Non tanto, quindi, un «groviglio di etimologie» entro cui tentare «di mettere ordine»⁶; quanto, piuttosto, una monolitica tradizione che, dall'erudito Varrone sino al vescovo Isidoro, pur con talune variazioni, non esita a ricondurre direttamente (attraverso il toponimo *Cures*) o indirettamente (attraverso il teonimo *Quirinus*, coi suoi derivati, o il nome comune *curis*) *Quirites* alla categoria dei 'nomi di popolo', e più precisamente all'identità etnica sabina: il che - è stato sostenuto - ben sarebbe nella mentalità degli antichi, una cornice perfetta per fondare il parallelismo '*Roma-Romani-Romulus*' / '*Cures-Quirites-Quirinus*' (con una bipartizione pienamente soddisfacente sotto il profilo della simmetria), sia un appiglio saldissimo onde «fissare una nomenclatura precisa e aderente, in cui è compresa anche una determinazione di luogo, il *Collis Quirinalis*, la leggenda della diarchia di Romolo e Tito Tazio e della sinecia romano-sabina»⁷.

Le suggestioni degli antichi non sono morte con loro: presso studiosi moderni, tanto 'storici-storici', quanto storici del diritto (e addirittura linguisti), la tesi etnica ha trovato fertile *humus* e le pressapochiste impressioni naif distinte nei due sopravvisti tentativi di spiegazione etimologica (ma tutte concordi nell'esistenza di un nesso sicuro tra l'altro nome del *Collis*, l'epiteto *Quirites*, il dio *Quirino*) si sono sviluppate in eleganti e complesse teoriche tutte tese a dar credito ad una equazione che tradisce palesemente una ferma convinzione circa il fondamentale apporto dei Sabini nella Roma primitiva.

Ettore Pais razionalizza, entro la sua cornice 'ipercriticista'⁸, la fondazione dell'Urbe quale il frutto di una compenetrazione romano-sabina⁹, che le antichissime formule *Populus Romanus Quirites* (o, addirittura, *Quiritesque*) e *Populus Romanus Quiritium* ben rispecchierebbero. Il Ribezzo pensa al latino come all'oggetto della penetrazione di isoglosse umbro-sabine¹⁰ e all'autorità di

⁵ Varr. L.L. 5.51, 5.71; Fest. 304 Lindsay; Paul.-Fest. 43 Lindsay; Isid. *orig.* 9.1.84; Ov. *Fast.* 2.477-478; Serv. *aen.* 1.292; Macr. *Sat.* 1.9.16; Plut. *quaest. rom.* 87; Dion. Hal. 2.48.4.

⁶ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 134

⁷ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 130.

⁸ E. PAIS, *Storia dei Romani*, II, Roma, 1913, 49

⁹ F. RIBEZZO, *Rivista indo-greco-italica*, XIV, 1930, 62.

¹⁰ L. PRELLER - H. JORDAN, *Römische Mythologie*, I, Berlino, 1881, 278, 369; R. PARIBENI, *Le origini e il periodo regio. La repubblica fino alla conquista del primato in Italia*, Bologna, 1954, 47 ss.; C. BAILEY, *Phases in the Religion of ancient Rome*,

questa tradizionale impostazione si conformano storici come Preller, Bailey, Pareti, Paribeni, Fraccaro, Giacomelli, Gag , nonch  tra i giuristi, il Monier¹¹, il Tondo, il Giuffr , il Ferenczy, la Bozza. Vero   che altri storici, come il De Sanctis, pur non aderendo alla tesi del sinecismo e dubitando della connessione *Cures-Quirites*, si sono pronunciati in favore dell'interpretazione etnica: ed ecco i *Quirites* divenire preferibilmente gli «armati di lance»¹², e quei «latini che dalla loro citt  di Roma presero il nome di Romani», acquistare altres  un nome di trib  «indipendente da ogni designazione locale», appunto «quello di Quiriti»¹³, destinato a rimanere oscurato (come, del resto, Romolo fu destinato a prevalere su Quirino).

L'armamentario della linguistica, come quello degli storici,   stato messo (anche) al servizio della tesi etnica onde far uscire quest'ultima dal mero rango di 'forzatura eziologica' sfociante in un accostamento (*Quirites-Cures*) prodotto dalla mera assonanza. Se, infatti, sul piano storico, la tradizione liviana poteva imporsi - e si   imposta - come un valido supporto di detta ricostruzione, come giustificare, linguisticamente, la connessione tra 'Cures' (o 'curis') al nome *Quirites*, stando la parentela di quest'ultimo con Quirinus e Quirinalis fuor di ogni dubbio?

L'antitesi 'cu-/qui' sarebbe assai difficile, gi  *ictu oculi*, da superare, nel tentativo di ricomporre ad unit  il quadro cos  dicotomizzato. Nel dizionario dell'Ernout e del Meillet, con disinvoltura, si appiana la difficult  (per vero, senza rinunciare ad una giusta dose di scetticismo, attraverso l'impiego dell'espressione «origine obscure») attraverso la produzione di plurimi esempi, in lingua latina, ove il gruppo cu- si alterna a qui- senza alcuna opposizione fonologica (*sterquillum*, *quisquillae*, *liquiritia*, *quidina*¹⁴): donde, attesa l'indifferenza per l'antitesi in oggetto, sarebbe pienamente lecito, per i due studiosi, accostare

Berkeley, 1932, 69; L. PARETI, *Storia di Roma e del mondo romano*, I, Torino, 1952, 269; J. GAG , *Les autels de Titus Tatius*, in *Mélanges Heurgon*, Roma, 1976, 316; P. FRACCARO, *La falange oplitica e l'ordinamento del re Servio Tullio*, in *Opuscola*, IV, Pavia, 1975, 37 ss.; R. GIACOMELLI, *Graeca Italica*, Brescia, 1983, 125 s., 207 n. 63.

¹¹ A. MONIER, voce *Quirites*, in *Vocabulaire de droit romain*, Paris, 1948; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 31; E. FERENCZY, *From the Patrician State to the Patricio-Plebeian State*, Budapest - Amsterdam, 1976, 18; ss.; V. GIUFFR , *Il diritto pubblico nell'esperienza romana*, Napoli, 1977, 52 ss.; F. BOZZA, '*Ius Quiritium*', in *SSE*, XLIV, 1952, 1 ss.

¹² G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, I, Torino, 1907, 212.

¹³ G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 222.

¹⁴ A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *quiris*, in *Dictionnaire  tymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 559

sostantivi iniziati col gruppo cu- (in sabino) con quelli iniziati in qui- (in latino)¹⁵. Per vero anche lo Stolz (cui si deve, invero, un forte contributo in senso a-etnico) riproduce esempi che potrebbero far pensare ad una pacifica alternanza: *lacunar/laquear*; *secundus/sequor*; *quercus/quequetulanus*; *quincus/quinque*; *stercus/sterquilinum*; *iecur/iequor*; *arcus/arquitenus*¹⁶. Ora, atteso che *Quirites* e *Quirinus* sono costantemente attestati nella forma con labiovelare iniziale (fatta eccezione per l'iscrizione pelignana ove compare *Curinus* come appellativo di Giove¹⁷), laddove *Cures* e *curis* si presentano sempre con gutturale iniziale (fatta eccezione per taluni manoscritti che, invero, altro non fanno che denotare lo sforzo di accostamento)¹⁸, l'Ernout, onde sostenere l'origine sabina del nostro sostantivo in dipendenza con *Cures* (o, come *hapax festino*, *Curres*¹⁹) e *curis*, presuppone che il latino, in ambasce nella riproduzione del fonema sabino (analogo verisimilmente al gruppo greco 'ku', ora e 'per difetto' l'abbia reso con cu-, ora e 'per eccesso', l'abbia reso con qui-²⁰.

Contro tali spiegazioni si sono schierati, tuttavia, sia storici che linguisti. Il Prosdocimi esclude l'etimologia con il corrispondente sabino del latino *hasta* (*curis*): sotto il profilo metrico, infatti, il cur- sabino è breve (cfr. *Curitis*), il che escluderebbe il rapporto con curia (ove la prima sillaba è lunga); ma pure quello con *Quirites* e *Quirinus* è da respingere «perché cur- non può diventare *quir-»²¹. Inoltre, atteso che il sabino dovrebbe avere *k^w > p, nel nostro caso bisognerebbe postulare un 'k seguito da u/w' passato in latino *kuri- (con u e i brevi): e seppure ciò sarebbe teoricamente possibile - continua il Prosdocimi - da una parte, rimarrebbe da spiegare la forma -ti- e non -to- (posto che, se *hasta* ha *hastatus*, *curi dovrebbe avere *curitus), dall'altra non si terrebbe in debito conto il fatto che sia la voce 'curis' e 'caelibaris hasta' dell'epitome di Paolo a Festo²² è una personale interpretazione, tesa a identificare il guerriero Romolo' con il 'pacifico Quirino', connessa alla dotta conoscenza di un vocabolo sabino: *curis sabine hasta*. Venuta meno ogni relazione tra *curis* e *Quirites*, non può che rigettarsi una delle basi della celebre interpretazione dell'espressione *ius Quiritium*, fornita da

¹⁵ Cfr., altresì, J. VENDRYES, *Bull. Soc. ling.*, XXV, 1924, 41.

¹⁶ H. STOLZ, *Historische Grammatik der latein Sprache*, I, Leipzig, 1894, 253.

¹⁷ CIL 9 3303.

¹⁸ Cfr. F.W. LEUR, *Ovidi Fastes*, Leipzig, 1932 (codex Mallersdorfensis).

¹⁹ A. ERNOUT, *Studies Whatmough*, Gravenhage, 1957, 35, nt. 2.

²⁰ Cfr. G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1991, 81.

²¹ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, in *Ostraka*, V.2, 1996, 298.

²² Paul.-Fest. voce *caelibaris hasta* 55 Lindsay.

Francesca Bozza, ad avviso della quale «Quirites devono essere stati i cittadini soldati e nello stesso tempo partecipi dei diritti politici», in quanto Quiris è «portatore di lancia, la vetusta *hasta* romana»²³. E intendere i quiriti come gli *hastati* contrasta con la posizione sulla forma dove i *Quirites* sono solo cittadini, indipendentemente dall'essere o meno in armi (a meno che, ovviamente, non si voglia vedere nella lancia il simbolo esclusivo dello stato di *quiris*, sicché si avrebbe la stravaganza di una comunità - indifferentemente civile o militare - chiamata da un'arma al pari dei *Galli gaesati*, cioè armati di *gaesum*)²⁴.

Quanto al Nocentini, da un lato, lo studioso concentrandosi sulla verosimiglianza della tesi dell'Ernout e del Meillet, ha ritenuto che solo nel caso di *sterquilinum* si potrebbe sostenere l'alternanza cu-/qui- (spiegata «nella base che nel primo caso è serque- e nel secondo sterco-»²⁵, ma che «in nessun caso siamo autorizzati a parlare di indifferenza per l'opposizione cu/qui»²⁶: la forma *liquiritia* (glukurr...za) infatti, sarebbe dovuta alla forza della paretimologia (giusta l'accostamento con *liquere*); *quisquiliae* (koskulmßtia) dovrebbe il qui- iniziale a raddoppiamento; *quidina/cuidina* (kudßenia) nonché *quinorda/cunorda* (kunÜrodon) sarebbero giustificati dalla pacifica incertezza del latino nella riproduzione del gruppo greco 'kappa-üpsilon'; *laequeus* sarebbe contaminazione di *lacus* con *laqueus* per paretimologia; *secundus* deriverebbe da *sequondus passato poi a *sequundus per vicinanza della nasale, quale risultato della caduta della prima u dinanzi alla seconda; *arquitenens*, quale composto di *arquos, deriverebbe, per apofonia, da *arquotenens, mentre *arcus* da *arquos con caduta della u. E così via²⁷.

Il Devoto, da parte sua, rimarca la impossibilità di una trasmissione dal sabino al latino di parole con gruppo qui- in quanto la labiovelare non sarebbe rinvenibile nel sistema fonologico sabino²⁸; e il Poucet si interroga sul perchè il problema della resa in latino della sconosciuta vocale ü (di tipo francese) si ponga solo per *Quirites* e non, invece, per *Cures*²⁹.

Non può che concludersi che, almeno sotto il profilo della linguistica, «il prezzo da pagare per sostenere la provenienza

²³ F. BOZZA, *'Ius Quiritium'*, 1 ss.

²⁴ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 299.

²⁵ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 130.

²⁶ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 132.

²⁷ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 133.

²⁸ G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, cit., 81

²⁹ J. POU CET, *Recherches sur la légende de les origines sabinas de Rome*, Louvain, 1967, 64 ss.

sabina di *Quirites* è eccessivo», giacché sarebbe d'uopo far risalire il gruppo qui-, peculiare del latino ad un fonema 'straniero' del tutto ipotetico. La presunta sabinità di *Quirites*, per vero, avrebbe trovato un ulteriore aggancio nella religione: non può, infatti, tacersi del nesso incorrente con gli dei Quirino e Giunone '*Curitis*'. Quirino, a volere seguire solo esemplificativamente - tra gli storici delle religioni - il Dumézil³⁰ e il Sabbatucci³¹, e - tra gli storici e gli archeologi - il Poucet³² e il Carandini³³ (ciascuno, ovviamente, con le proprie sfumature di pensiero e con le proprie metodologie), non è un doppione 'sabino' del dio Marte, ma un dio sempre e comunque latino, ora pacifico e 'della terza funzione' (analogo all'etrusco Fufuns e all'iguvino Vofiono) ora polifunzionale e quindi sia guerriero che civile³⁴; né, stando al Latte³⁵, il *Quirinalis* (denominazione recente di una parte del *Collis*) il luogo del culto sabino del dio (fermo restando, per questo autore, che *Quirinus* non sarebbe l'antenato eponimo dei *Quirites*, bensì forma aggettivale derivata da un toponimo)³⁶. Quanto all'epiteto di *luno*,

³⁰ G. DUMÉZIL, *Juppiter Mars Quirinus. Essai sur la conception indo-européenne de la société et sur les origines de Rome*, Paris, 1941, 72 ss. Contro l'impostazione duméziliana: H. FUGIER, *Quarante ans de recherches sur l'idéologie indo-européenne: la méthode de M. Georges Dumézil*, in *Revue d'histoire et de philosophie religieuses* 45, 1965, pp. 358 ss.; C. SCOTT LITTLETON, *The New Comparative Mythology. An Anthropological Assessment of the Theories of Georges Dumézil*, Berkeley-Los Angeles 1966; M. MESLIN, *De la mythologie comparée à l'histoire des structures de la pensée: l'oeuvre de Georges Dumézil*, in *Revue historique* 96, 1972, pp. 5 ss.; J. RIES, *Héritage indo-européen et religion romaine. A propos de La religion romaine archaïque de Georges Dumézil*, in *Revue théologique de Louvain* 7, 1976, pp. 476 ss.; E. B. LYLE, *Dumézil's three Fonctions and Indo-European Cosmic Structure*, in *Numen* 22, 1982, pp. 25 ss. Per la bibliografia dei lavori del Dumézil (completa fino al 1960), vedi *Hommages à G. Dumézil*, Bruxelles 1960; fra le opere più recenti (a parte *La religion romaine archaïque*, cit. in n. 3, e *Fêtes romaines d'été et d'automne* cit. in n. 35) sono da ricordare: *Mythe et épopée, I. L'idéologie des trois fonctions dans les épopées des peuples indo-européens*, Paris 1968; *Idées romaines*, Paris 1969; *Mythe et épopée, II. Types épiques indo-européens: un héros, un socier, un roi*, Paris 1971; *Mythe et épopée, III. Histoires romaines*, Paris 1973; *Mariages indo-européens*, Paris 1979; vedi anche *Discours de réception de M. Georges Dumézil à l'Académie Française et réponse de M. Claude Lévi-Strauss*, Paris 1979.

³¹ D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica. Dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano, 1999, 142 ss.

³² A. CARANDINI, *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani*, Torino, 2005, 147 ss.

³³ J. POU CET, *Recherches*, cit., 134.

³⁴ Cfr. A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma, 1955, 111.

³⁵ K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, 113, nt. 2.

³⁶ K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 59, nt. 1.

ossia 'Curitis' (ora connessa a *Cures*, ora connessa a *curis*)³⁷, stando alla Bruno³⁸ e allo stesso Nocentini³⁹, si tratterebbe di una forma secondaria rispetto a quella di *Quiritis*: indi sarebbe da supporre l'origine latina (in una con *Quirinus* e *Quirites*).

Si può prescindere, detto ciò, sia dalle etimologie dei moderni, che appaiono ancora più naif di quelle degli antichi⁴⁰; sia dalla ipotesi del Wilamowitz⁴¹ – sulla scia di Giovanni Lido⁴² – che riconnette *Quirites* al greco *kàroj* o *kÚrioj* (e considera i Romani, appunto, signori di sé stessi); sia dall'azzardo del Niebuhr⁴³ (seguito dal Wissowa⁴⁴, dal Birt⁴⁵ e dal Cuno⁴⁶), che dalla proporzione Samnites : Samnium = Quirites : Quirium, riteneva esistente una città sabina di nome Quirium sul Quirinale ; sia dal pensiero del Rogge⁴⁷ (tra i giuristi, accolto acriticamente dal Santoro⁴⁸ e dal Labruna⁴⁹, ma fermamente osteggiato, con argomenti di gran peso dal Tondo⁵⁰), il quale reputa, a detta anche di autorevoli linguisti «con argomenti assurdi»⁵¹, forma originaria di *Quirites* **virites* cui sarebbe stata aggiunta la lettera c o k prolettica.

È, contro la tesi dell'origine sabina, *communis opinio*⁵² considerare invece *Quirites* un nome comune collegato a *curia*, fermo restando, ovviamente, che l'adesione a tale ultima scuola di pensiero in nulla esclude, contro il pensiero di Poucet, Franciosi, e Prugni, la possibilità di credere contestualmente alla presenza di elementi 'italici' (e nella specie cd. sabini) penetrati nel sostrato culturale dei primordi di Roma⁵³. Anzi, seppur audacemente, il Monier, con un circospetto plauso del Labruna⁵⁴, ha cercato di

³⁷ Schol. Pers. Sat. 4.26; Paul.-Fest. 43, 55; Dion. Hal. 2.50.3.

³⁸ M.G. BRUNO, *I sabini e la loro lingua*, in *Rend. Ist. Lomb.*, XCV-XCVI, 1961-1962, 509.

³⁹ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 135.

⁴⁰ H. JORDAN, *Hermes*, VIII, 1874, 222.

⁴¹ Come si legge in T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Berlin, 1887, 5, nt. 2.

⁴² Iohan. Lyd. *Magistr.* 1.5

⁴³ B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I, Berlin, 1811, 321.

⁴⁴ G. WISSOWA, *Religion und Kultur der Römer*², München, 1912, 188.

⁴⁵ BIRT, *De Romae Urbis nomine*, Marburger, 1887-1888, XIV s.

⁴⁶ CUNO, *Vorges. Roms*, II, Leipzig, 1889, 109.

⁴⁷ C. ROGGE, *Formalgleichung bei curia und quirites*, in *PhW*, XLIV, 1926, 858

⁴⁸ R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967,

⁴⁹ L. LABRUNA, voce *quirites*, in *NNDI*, XIV, Torino, 708 ss.

⁵⁰ S. TONDO, *Vindicatio primitiva e grammatica*, in *Labeo*, XVI, 1970, 77 ss.

⁵¹ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 137

⁵² Cfr. G. PRUGNI, *Quirites*, in *Athenaeum*, LXV, 1987, 127 ss.

⁵³ L. LABRUNA, voce *quirites*, cit., 709.

⁵⁴ L. LABRUNA, voce *quirites*, cit., 709.

salvare la tradizione classica (suggestionata, anche circa l'etimo di *Quirites*, dall'essere di Roma una *urbs geminata*, latino-sabina) con i più recenti progressi della linguistica, dando vita nella già citata voce del suo Vocabolario ad una definizione 'ibrida' che intende '*Quirites*' «le nom porté par le patriciens Sabins, aux origines de Rome, et qui servit très tôt à designer l'élément spécifiquement romani de la population, en particulier les citoyens groupés dans le comices»⁵⁵.

La ricostruzione 'a-etnica', infatti, intende il sostantivo *curia* come co-wir-ia, ossia come un composto di *vir*: indi il segno *Quirites* dovrebbe essere interpretato come co-wir-ites, vale a dire come sostantivo che denota i membri della *curia* (o, *rectius*, delle *curiae*). Secondo l'enunciazione più particolareggiata e persuasiva di tale teorica, ossia quella risalente al Kretschmer⁵⁶, ripresa assai di recente anche dal Prosdocimi⁵⁷ e dal Carandini⁵⁸, *quirites* costituirebbe l'appellativo dei Romani verso i loro concittadini. In altre parole, sotto il profilo storico-istituzionale, in forza di un numero cospicuo di testi tratti essenzialmente da opere di storiografi e di biografi (Livio, Tacito, Appiano, Svetonio, Plutarco)⁵⁹ *quirites* dovrebbe, di necessità, intendersi quale antico sinonimo di *cives* (che, appunto, indicava l'appartenenza alla comunità); sotto il profilo linguistico, in quanto la formazione avente per base *curia* è *curiales*, la base di *Quirites* sarebbe *co-virium (da intendere come la comunità nel suo intero e non come una ripartizione) testimoniato dal volsco *toticu covehriu (publica contione)*⁶⁰ e suffragato dal rapporto in greco tra 'Volksstam' e 'Volksabteilung' (fàlon - ful^{3/4})⁶¹; e da quest'ultima base si sarebbe formato un astratto in -ti-, divenuto poi *quiris*, -itis (quest'ultimo, in un primo tempo indicativo dell'"insieme dei cittadini", poi, in un secondo tempo, sostantivo con il significato concreto di *quirites*-cittadini). *Curia* e *Quirites* si imporrebbero, pertanto, quali forme indipendenti sia dal punto di vista morfologico, sia dal punto di vista fonetico: da un lato avremmo la scansione *coviria - *coiria - curia, dall'altro *covirites - *cuirites - quirites, con un esito doppio del gruppo coui-dovuto a ragioni di accento (*còviria; *covirìtes). E naturale sbocco della ricostruzione di Kretschmer, sotto il profilo della religione, è

⁵⁵ A. MONIER, voce *Quirites*, cit. 233.

⁵⁶ P. KTRETSCHMER, *Lat. 'Quirites' und 'quiritare'*, in *Glotta*, X, 1920, 147 ss.

⁵⁷ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 299

⁵⁸ A. CARANDINI, *Remo*, cit., 144.

⁵⁹ Liv. 5.41.3, 26.2.11, 45.37.9; Tac. ann. 1.42.4; Svet. Caes. 70.2; Plut. Caes. 51; Appian. Bell. Civ. 2.13.

⁶⁰ Cfr. A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 297.

⁶¹ P. KTRETSCHMER, *Lat. 'Quirites' und 'quiritare'*, cit., 150.

ovviamente l'idea di *Quirinus*, bensì come divinità rappresentativa della *civitas*⁶², e non - come intendeva la *communis opinio* prima degli studi di Dumézil - come divinità guerriera astata, nè - come voleva il Pisani⁶³ - come il dio (*Covirinus) della *curia*, in contrapposizione a *Liber* (*Leudhero), ossia il dio del popolo⁶⁴.

Il nesso tra il sistema curiale e il nome dei quiriti ha trovato ampio seguito tra gli studiosi di diritto romano: già il Mommsen - a mente della dialettica tra *populus* e *quirites* - pensava ad una antitesi tra «die Gemeinde» e «die einzelnen Bürger»⁶⁵ ossia tra 'totalità' e 'singoli' (ovviamente entro l'organizzazione amministrativo-militare delle curie primitive). Tale pensiero fu ripreso, in parte, dal Grosso e dal Guarino che (entrambi fondendo il valore etnico con quello 'istituzionale') interpretano il vocabolo, rispettivamente, nel senso di «antichi cittadini romani»⁶⁶, e come sinonimo «del generico *Romani*»⁶⁷; e *in toto* sia dal Bretone che discorre di «individui che formano il corpo civico»⁶⁸, sia dal Magdelain che - entro la cornice della sua singolare interpretazione di *ius Quiritium* - intende i *quirites* come quel «corps civique» sotto la cui protezione «la formule vengano place en justice les droits absolus» di talché «*ex iure Quiritium*, tous et chacun doivent concourir à la preuve»⁶⁹. Il Bonfante, dal canto suo, sottolineando il «carattere civile di questo nome», l'inesistenza di qualsivoglia rapporto «con la città dei colli» (essendo «il nome di Quirinale ... posteriore»), nonché «la convenienza etimologica con curia», ritiene *Quiris* «sempre un sinonimo vetusto di cittadino» (per poi, invero, mutare pensiero e propendere per la relazione tradizionale tra Quiriti e Sabini)⁷⁰; e il Volterra - mettendo in rilievo la operatività primeva del principio della 'personalità del diritto' - non esita a intendere i *Quirites* come «i cittadini di Roma»⁷¹. Il De Francisci (abbandonando la precedente adesione alla derivazione da *curis*⁷²) sia rovescia l'impostazione del von Lübtow, che pensa ai quiriti come ai singoli guerrieri componenti la totalità (in

⁶² P. KTRETSCHMER, *Lat. 'Quirites' und 'quiritare'*, cit., 151.

⁶³ V. PISANI, *Le lingue dell'Italia antica oltre il latino*, Torino, 1953, 119.

⁶⁴ Cfr. A. BRELICH, *Quirinus*, in *SMSR*, XXI, 1961, 114; G. RADKE, VOCE *Quirinalis*, in *RE*, XXIV, Stuttgart, 1300 ss.

⁶⁵ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, VI, cit., 4

⁶⁶ G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 46

⁶⁷ A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, cit., 182.

⁶⁸ M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹⁰, Roma - Bari, 2004, 86

⁶⁹ A. MAGDELAIN, *Quirinus et le droit*, in *MEFRA*, 1984.

⁷⁰ P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Roma, 1934, 63 ss.

⁷¹ P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 737.

⁷² U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*, Frankfurt a.M., 1955, 32

opposizione alla comunità civile)⁷³, sia si allontana dal pensiero del Coli, che ritiene, entro una schematica antitesi pubblico/privato, il *populus* come materializzazione del «comizio centuriato» e i quiriti quale entità eterogenea composta dai membri del «comizio delle *curiae*»⁷⁴: l'autore nei *Primordia civitatis*, infatti, interpreta la formula *populus Romanus Quirites* come una endiadi indicante «non solo i giovani dai quali si traevano gli armati, ma anche gli anziani dei gruppi gentilizi costituenti le *curiae*»⁷⁵. E se il Kaser, parzialmente seguito dal Biondi⁷⁶, analizza secondo una logica 'endo-nazionale' l'opposizione tra ciò che è popolo (ossia la massa indistinta dei cittadini) e ciò che è rappresentato dai Quiriti (ossia la classe dei privilegiati), il Catalano sostiene una logica 'trans-nazionale' che intende «l'uso della espressione *ex iure Quiritium* in certi atti (*vindicatio, mancipatio, in iure cessio*) ... uno strumento di delimitazione della sfera di *ius* comprendente anche i peregrini», ed equipara - ferme le differenze storiche cronologiche - il *ius Quiritium* e la *civitas Romana* quali espressioni «riferentisi allo *status* di cittadino romano, cioè di parte del '*populus Romanus*'»⁷⁷. Infine, entro lo schema della contrapposizione 'sfera militare - sfera civile', il Valditara - aderendo al pensiero del Prosdocimi⁷⁸ - crede al termine *Quirites* come indicativo delle singole unità aventi diritti nella *civitas*⁷⁹. Infine, il Prugni, alla luce delle funzioni originarie dei comizi pre-serviani e dell'etimologia ktretschmeriana, ritiene che «i quirites storici sarebbero i 'cittadini romani nell'espletamento delle loro funzioni civili e non inquadri militarmente'»⁸⁰.

Insoddisfatto dalle derivazioni proposte dagli antichi il Nocentini ritiene che neppure «l'etimologia data dal Ktretschmer offra garanzie sufficienti»⁸¹. Lo studioso, infatti, se, da un lato, ritiene plausibile che un nome comune (*Quirites* come 'i riuniti in assemblea', 'i componenti la comunità') abbia dato luogo ad un etnico (*Quirites* come 'i Romani'), dall'altro non condivide né l'interpretazione di *co-viria come «l'insieme degli uomini validi», né «l'esistenza di un parallelo con *coviriom»⁸². La formazione di *quiris* da *coviriom*, infatti, implicherebbe, sotto il profilo della

⁷³ U. COLI, 'Regnum', in *SDHI*, XVII, 1951, 143.

⁷⁴ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1972

⁷⁵ P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 737

⁷⁶ B. BIONDI, *Il diritto romano*, Biologna, 1957, 262.

⁷⁷ P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, 146 ss., 89 ss.

⁷⁸ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 297

⁷⁹ G. VALDITARA, *Studi sul 'magister populi'*, Milano, 1989, 154.

⁸⁰ G. PRUGNI, 'Quirites', cit., 137

⁸¹ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 142.

⁸² A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 143.

logica, un passaggio – alquanto arduo da sostenere, ad avviso dello studioso – da un astratto ad un astratto (sempre col significato di ‘insieme di uomini’, pur variando i significanti) e, poi, un mutamento in un concreto col senso di ‘singolo’, ‘membro della comunità’, sotto il profilo della fonetica la scarsa plausibilità della differenza di esito (*curia* - *quirites*) giustificata con l’accento storico (laddove sarebbe più probabile da **covirites* l’esito *cūrites*, rispetto a *quirites*). Su queste basi e sulla convinzione che sarebbe «assurdo cercare nei classici gli echi del prisco significato e ancor più nei traduttori greci, dal momento che la connessione con *curia* non è testimoniata né per via inconscia ... né coscientemente dalla separazione etimologica degli antiquari», il Nocentini non può che concludere in questi termini: «ma se è caduta la possibilità di considerare *Quirites* discendente da un antico sostantivo femminile astratto e di affiancarlo a *civis* come sinonimo, non rimane che considerarlo un etnico così come ci indica la tradizione latina». La conclusione, tuttavia, pare poco convincente: se *Quirites* è un «etnico puro», a meno che non si voglia rispolverare la tesi niebuhriana della città di **Quiriom*, quale è la sua base locale? Rispondere a questo interrogativo dicendo che «sia *Quirites* che *Quirinus* rimandano ad un archetipo con valore di determinazione di luogo, di cui però non c’è bisogno né di pretendere né di postulare la certezza esistenziale», significa comprendere in pieno la fallacia della propria tesi e voler aggirare il problema; né la citazione dell’agnosticismo di Koch⁸³ in merito a Quirino, nobilita e corrobora la rinuncia da parte del Nocentini a «dare una spiegazione etimologica per termini le cui connessioni con un significato di partenza siano irrimediabilmente perdute»⁸⁴: ma, a ben guardare, non si tratta di un cauto ‘*non liquet*’, bensì di un poco convincente sbilanciamento a favore della tesi etnica (seppur non in termini di sabinità). D’altro canto, le critiche mosse alla ricostruzione del Ktretschmer si basano o su oziose precisazioni (come per quanto riguarda *curia* nel senso di insieme di uomini validi) o su argomenti che, lungi dall’essere forti contraddizioni, lasciano alquanto perplessi giacché risultano sempre formulati in termini sfumati, attribuendo alla sequenza **coviriom* < *quiris* solo ‘scarsa probabilità’.

La ricongiunzione tra *curia*, *Quirites*, *Quirinus*, da ultimo, è stata sostenuta con vigore dal Prosdocimi che, contro la metodica di Nocentini, iscrive i suoi studi entro la cornice di una ‘etimologia’

⁸³ C. KOCH, *Religio Studien zu Kult und Glauben der Römer*, Nürnberg, 1960, 26.

⁸⁴ A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 143.

che «contempla anche o primariamente i contenuti – semantica angolando dalla lingua, istituzioni-ideologia angolando dal contenuto – non in astratto ma nel loro farsi per cui non c'è solo un inizio e un dopo, ma c'è un prima su cui l'inizio è un punto di 'crisi' positiva», sicché «non si parte da zero, bensì da una realtà precedente». Secondo l'illustre studioso, infatti, tutti i sistemi dinamici – variabili con l'immanenza temporale del nostro mondo – sarebbero connotati da punti di crisi (o, secondo i termini dell'antropologia strutturale, 'caldi'), ove si accentua la discontinuità rispetto alla continuità delle fasi a evoluzione tendente allo zero: così, con il medio della 'semantica' (intesa come il modo di organizzare le forme in rapporto al contenuto) si schematizza un sistema di correlazioni tra il livello del 'lessico' e il livello delle 'istituzioni' e della 'ideologia'⁸⁵. Nella sequenza derivazionale *co-wiro (ossia insieme di *wiro- riuniti co-) > *co-wiria (-o-m) > *cowirites, *cowirinus, ciascun elemento – sia considerato autonomamente, sia in rapporto con gli altri elementi della sequenza) è contraddistinto di implicazioni contenutistiche: 1) *co-wiro pone, di per sé, la questione circa la natura della riunione e circa il valore del termine *wiro come tassonomia sociale e, in vista della derivazione *cowirites (definito, invero, quasi-etnico), la questione circa i caratteri politici, giuridici, istituzionali della riunione di *wiro- distintivi rispetto ad altre tipologie di riunioni; 2) la trafila -i-, possibile derivazione tanto da -io- quanto da -ia sta alla base della questione sostanziale se *cowirites si rifaccia a *co-wiria o a *co-wiriom, ossia se quirites, in origine, sia espressione di una singola unità politica (che esclude il sistema di trenta curie rotulee), ovvero si rifaccia ad una 'superunità', complesso di *co-wiria-, ovvero sia 'indifferente', indicando «qualcosa come 'cittadini costituiti a co-wiria/-o-»⁸⁶; 3) il morfema -i-ti- pone, da ultimo, il problema del rapporto tra *quirites* e una base locale.

Una volta esclusa l'etimologia sabina da *curis*, e precisato che il suffisso -ti (verisimilmente derivativo di etnici in via primaria⁸⁷, ossia di termini con sema relativo a una localizzazione sovente reale) si aggiunge a una base che è lunga o che produce una lunga in derivazione, dove -o- (breve) è rappresentato da -a (lunga) e -jo-/-ja- da i (lunga) o da ja (lunga), conclude che *quirites* ben possa derivare da *co-wirio-/a e non da *co-wir(o): se a *Samnium* (realtà socio-politica espressa da un toponimo) si rapporta Samnites (etnico), *Quirites* ('quasi-etnico') si rapporta a

⁸⁵ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 296 ss.

⁸⁶ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 303.

⁸⁷ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 301.

cowiria/(-o) > curia/(-om) ('quasi-toponimo'): ma non si tratta, invero, di un toponimo del tipo *Quiriom (per l'appunto inesistente toponimo indicante un nome proprio di città, morfologicamente, ma non storicamente, configurabile); si tratta, invero, di una sola 'curia' o di più 'curiae' riunite (*co-wirio-/a), come «riferito ad una realtà geo-politica corrispondente a quella che sarà poi la realtà della Roma-urbs»⁸⁸, ossia ad un sistema il cui referente divino non è ancora Romolo, ma Quirino, e i cui membri non sono ancora *cives Romani*, ma *quirites*; non si tratta, insomma, di «una semplice unione di *wiro- ma di un modo politico di essere insieme»: da un lato avremmo la curia (o le curie) in un senso pregnante in quanto segno di una organizzazione istituzionalizzata, dall'altra la co-wiria quale banale e semplice 'riunione co- di *wiro-'.

Donde, prendendo come più plausibile e più ragionevole referente la forma *co-wiria (sebbene *co-wirio possa comunque vedersi quale «potenzialità di 'languē'»⁸⁹), si pone il duplice problema della natura e della consistenza della *cowiria. Quanto al primo, stando a Festo⁹⁰, al suo epitomatore⁹¹ e a Varrone⁹², curia rimarrebbe termine con valore topografico (lo spazio ove hanno luogo *sacra* ovvero altri riti e cerimonie ufficiali). Sia la curia Hostilia sia la curia Calabra, sia quella Acculeia, farebbero pensare ad un 'centro-punto di riferimento' di una *co-wiria di *co-viro-, il quale, una volta dissoltasi la struttura a *co-wiro-, sarebbe rimasto - in forza di un fenomeno di specializzazione - quale riferimento solo topografico: di qui la implicazione, tratta dal Prosdocimi, che il sistema a *co-wiro- > *co-wiria dovesse avere «una dimensione socio-politica e una dimensione territoriale»⁹³ in cui fosse pertinente lo spazio 'politico' (territorio). Rimane aperto, invece, il problema sostanziale del rapporto tra singolare e plurale, ipostatizzato nei seguenti termini: la 'Roma preurbana' si costituiva di una curia o di più curie? In altre parole la *cowiria è una realtà autonoma ovvero una sezione di un sistema più ampio?

Quiriti, curie, comitia.

A mente delle domande con cui si chiudeva la sezione precedente, sbilanciandomi, sarei più propenso - come meglio si potrà appurare oltre con la ripresa del pensiero del Carandini - a

⁸⁸ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 304.

⁸⁹ Fest. 254

⁹⁰ Paul.-Fest. 59.

⁹¹ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 301.

⁹² Varr. *L.L.* 68

⁹³ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 301

postulare una 'realtà istituzionale' che vede i *Quirites* come membri di una comunità pre-romana (ossia precivica) strutturata a *co-wiriae (una realtà né da identificare con le trenta curie romulee⁹⁴, né espressiva del tardo sistema dei trenta littori dei *comitia* per la *lex curiata de imperio*): la moderata preferenza del Prosdocimi per la tesi della 'curia singola', infatti, presuppone non solo che vi sia una diversità tra la curia romulea e quella repubblicana (sul che si può pienamente concordare), ma che detta diversità sia giustificazione dell'inesistenza di una originaria Roma (definita dall'autore 'politicamente ancora non esistente') di trenta curie (continue nei trenta littori), che qualcuno - a mio modo di vedere correttamente - ha incisivamente definito organismi preurbani» su cui le prime forme urbane, tanto nell'Etruria quanto in Lazio, si sono appoggiati «ricomprendendoli nel nuovo contesto socio-politico, quali «cellule fondamentali del reclutamento e dell'attività politico-religiosa»⁹⁵. A mio credere, seppur nella alta plausibilità della non risalenza all'età regia della *lex curiata de imperio*⁹⁶ (che, al più, mi parrebbe lecito configurare non come

⁹⁴ A. CARANDINI, *Remo*, cit., 233.

⁹⁵ M. TORELLI, *Dalle aristocrazie gentilizie alla nascita della plebe*, in *Storia di Roma*, Torino, 1999, 93.

⁹⁶ Da un lato, mi pare utile ricordare che, argomentando da Cic. *rep.* 2.16.18, il popolo non aveva alcun potere circa la *creatio* di un *sacerdos*: e, del resto, *sacerdos* era pure (anzi, in primo luogo) non solo il *rex sacrorum* ma il *rex optimo iure* del regno primitivo (cfr. le illuminanti pagine sulla figura «complessa» del re di A. CARANDINI, *Sindrome occidentale*, Genova, 2007, 55 ss.; sul punto imprescindibili sono le note di U. COLI, 'Regnum', cit., 91 s. che sottolinea, parzialmente sulla scorta di T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 6 ss., come la *inauguratio* precedente la 'delibera' avrebbe potuto comportare insostenibili contrasti tra volontà divina e volontà popolare). Dall'altro siamo edotti da Gellio (15.27.1) che l'inaugurazione dei flamini e del *rex sacrorum* in epoca repubblicana avveniva alla presenza dei comizi curiati *in contione*. Contestualizzando queste notizie nell'epoca numana, non mi pare peregrina la interpretazione data nel testo (benché sia comunque necessario un adeguato ponderamento delle informazioni traibili da Livio e da Dionigi che fanno concludere la procedura creativa del re con l'*inauguratio* e non con la 'legge' popolare, il primo configurando una conferma divina, *auges*, della scelta dell'*interrex* per il medio di *augures publici*, il secondo configurando (confusamente), con riguardo a Romolo, una auto-inaugurazione finale distinta dalla auspicazione, senza soluzione di continuità con le maggiori magistrature repubblicane: cfr. Liv. 1.18.6-10 Dion. Hal. 2.58.3, 2.60.3, su cui T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 8). La risalenza della *lex de imperio*, peraltro, è affermata in via esclusiva a partire da Cicerone (cfr. Cic. *rep.* 2.13.25, 2.17.31, 2.18.33, 2.20.35, 2.21.38), con riguardo all'elezione del *rex* Numa Pompilio, laddove, a mio avviso, senza alcuna giustificazione la riconnette al *magister populi* il De Francisci: P. DE FRANCISCI, 'Primordia civitatis', cit., 580 ss. Sono numerosi, invero, i dubbi che il riferimento ciceroniano suscita: anzitutto non può che sottolinearsi il silenzio di ogni altra fonte più antica circa non solo la natura

'delibera comiziale di investitura del potere del re'⁹⁷, ma come finale *salutatio* o *appellatio* del *rex declaratus* che, scelto dall'*interrex* con *iussus* popolare e *auctoritas* dei *patres*⁹⁸, non appena *inauguratus* dall'approvazione di Giove a mezzo del *signum* che attestava essere *fas hunc ... regem Romae esse*⁹⁹, discendeva dal *templum caeleste* dell'*arx* del Palatino, piuttosto che del Campidoglio¹⁰⁰, e nella scarsa fidabilità di Ulpiano circa la capacità, già ai tempi di Romolo e di Numa, del popolo delle curie di eleggere quegli ausiliari regi chiamati *quaestores*¹⁰¹, tutto quanto precedentemente detto significherebbe simisconoscere numerosi dati relativi all'epoca regia, ben documentati nelle fonti. Anzitutto,

ma pure l'esistenza della legge in parola con riguardo alla nomina del re (cfr., per l'epoca successiva, Liv. 1.17.9-11, 1.18, 1.22, 1.32.1, 1.35.6, 1.41.6, 1.47.10, 1.49.3; Dion. Hal. 2.60.3; 3.1.3; 3.36.1; 3.46.1; 4.12.3); in secondo luogo la procedura di elezione numana nella sua complessità appare, quale *iter novum*, eccessivamente artificiosa (cfr., oltre ai passi ciceroniani testé citati, Liv. 1.17.10; Dion. Hal. 4.40.2): scelta del *rex* da parte dei *patres*; *lex* da parte del popolo per confermare la scelta 'senatoria'; ratifica a *patribus*; approvazione divina (cfr., per una sostanziale adesione alla ricostruzione di Dionigi, P.M. MARTIN, *L'idée de royauté à Rome*, I, Clermont - Ferrand, 1982, 44 ss.; *contra*, vicino al dettato liviano, vd. le limpide osservazioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Lezioni di storia del diritto romano*, Napoli, 2006, 22 s.). Si può pertanto aderire a quella scuola di pensiero che, pur non negando l'esistenza di tale *lex*, le attribuisce un ruolo eterogeneo rispetto a quello proprio dell'età repubblicana (*lex rogata*): se i *comitia curiata* erano indicativi dei luoghi ove il popolo era chiamato (*calatum*) a *co-ire* e ove ciascuna *curia* esprimeva, con disposizione dei membri *ex generibus hominum*, il proprio voto, *suffragium*, è verisimile che questo ultime termine, con le stesse radicali di *frangere*, significasse 'rompere il silenzio' con una *acclamatio*, la *lex* non era 'deliberazione', ma - come parrebbe a me pure dalla lettura di Liv. 6.41.6 - 'acclamazione', era «to break into sound» (cfr. L. ROSS TAYLOR, *Roman Voting Assemblies from the Hannibalic War to the Dictatorship of Caesar*, Michigan, 1990, 2), vale a dire *fragor plaudentium et acclamantium* (M. ROTHSTEIN, *Beiträge zur alten Geschichte*, in *Festschrift O. Hirschfeld*, Berlin, 1903, 30 ss.; A. WALDE - J.B. HOFFMANN, voce '*Suffragium*', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1938; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 208 s.; H.S. VERSNEL, '*Triumphus*'. *An Inquiry into the Origin, Development and Meaning of the Roman Triumph*, Leiden 1970, 345; P.M. MARTIN, *L'idée*, cit., 47; L. CAPOGROSSI CALOGNESI, *Le curie*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 46; A. CORBINO, in *Le strade del potere*, Catania, 1994, 66). Cfr., inoltre, tra gli oppositori alla attendibilità di Cicerone: U. VON LÜBTOW, *Die 'lex curiata de imperio'*, in *ZSS*, LXIX, 1952, 154 ss.; E.S. STAVELY, *The Constitution of the Roman Republic*, in *Historia*, V, 1956, 74 ss.; U. COLI, '*Regnum*', cit., 43, 98; A. MAGDELAIN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978, 75; Id., *Recherches sur l'Imperium. La loi curiate et les auspices d'investiture*, Paris, 1968, 30 ss.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 156; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli, 1998, 94 ss.

⁹⁷ Paiono qualificare in termini simili a quelli del testo, secondo una ricostruzione che non mi pare affatto plausibile, S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano. Ricerche di storia romana antica*, Milano, 1992, 202 ss.; K. LATTE, '*Lex curiata*' und '*Conjuratio*', in *NAWG*, 1934, 59 ss.; H.S. VERSNEL,

l'esistenza primitiva di plurime 'curie' quali ranghi di leva dell'esercito romuleo (o, comunque, pre-serviano)¹⁰², ovvero quali unità di ripartizione (a prescindere dalla plausibilità, o meno, di 'generali' funzioni deliberative in concreto svolte in età regia¹⁰³) dei *comitia* che venivano *calata*, cioè chiamati da un ausiliario del rex (prima il *kalator*¹⁰⁴, poi il *lictor curiatus*¹⁰⁵) e che, in assenza ancora della organizzazione per *centuriae* del *populus* (introdotta la quale, la comunità romana veniva chiamata dal suonatore di corno nei *comitia [calata] centuriata*)¹⁰⁶, non potevano configurarsi che come *curiata* (dove una denominazione che, seppur non si rinviene nelle fonti, secondo il mio credere, definisce compiutamente tale antica

Triumphus, cit., 323, 329; R.E.A. PALMER, *The Archaic Community of the Romans*, Cambridge, 1970, 184 ss.; cfr., altresì, F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della repubblica romana e delle magistrature*, in ANRW, I.1, 1972, 218.

⁹⁸ Da un lato Livio, in una visione maggiormente democratica della monarchia, sia per Numa sia per i successori colloca l'*auctoritas* dopo il cd. *iussus* dei comizi: Liv. 1.22.1, 1.32.1 (per Numa); 1.35.1 1.35.6, 1.41.6, 1.46.1, 1.48.8, 1.49.1 (per i re successivi); dall'altro Dionigi riconosce questa sequenza per il solo Numa, laddove per gli altri *reges*, anticipa l'*auctoritas* dei *patres* (Dion. Hal. 2.60.3, 3.1.3, 3.35.6, 3.36.1, 3.46.1, 4.40.2, 4.80.3): con il Tondo (S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 109), la particolareggiata descrizione della modifica dell'*iter* mi pare, almeno sotto questo punto, preferibile (anche in considerazione della crescente importanza dei *patres*).

⁹⁹ Vd., per la descrizione del rito, comportante la determinazione del *templum*, il passaggio del lituo, l'imposizione della mano dell'augure sul capo di Numa, l'invio di segni da parte di Giove, P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 515. Livio ci informa che Numa *de se consuli iussit*, memore dell'inaugurazione da parte di Romolo (*optimus augur*) sia della sua persona sia della città palatina, ossia del complesso *augustum augurium* (Enn. *ann.* 155 Sk.) con cui era stata fondata l'*Urbs Roma* in Palatino con Romolo come rex benedetto da *Iupopiter* (cfr. Enn. *ann.* 72 ss. Sk.; Varr. *L.L.* 3.1.2; Svet. *Aug.* 7.2; Liv. 1.6.4, 5.52.2; Dion. Hal. 1.86.1-4; Plut. *Rom.* 9.4; Cic. *div.* 1.48.107; Ov. *Fast.* 4.812-818; Serv. *aen.* 6.780; Gell. 13.14.5; Sen. *dial.* 10.13.8; Aelian. *hist. anim.* 10.22; Scol. Bob. *Vat.* 9) cfr., per gli aspetti giuridici degli *initia*, F. SINI, *'Initia Urbis' e sistema giuridico religioso romano. 'Ius sacrum' e 'Ius publicum' tra terminologia e sistematica*, in *Diritto@Storia*, III, 2004, 1 ss.; un ottimo resoconto che, correttamente (ex liv. 1.6.4; Dion Hal. 1.86.1; Ov. *Fast.* 4.812; Plut. *Rom.* 9.4), distingue tra i riti preliminari nel *templum in terra* dell'Aventino - implicanti, giusta *signa ex avibus*, l'*auspicium-augurium* se era *fas* fondare un abitato presso il Tevere, con quale re, in quale giorno, con quale nome, in quale luogo - e i riti romulei di fondazione *in Palatio* - che implicano, appunto, previa richiesta di una benedizione di Giove, la *precatio*, la *effatio*, la *liberatio*, la *locatio*, la *inauguratio*, il *sacrificium* - A. CARANDINI, *Roma. Il primo giorno*, Roma - Bari, 2007, 37 ss. (contro la tesi di Magdelain che pensa ai soli primi auguri-auspici: A. MAGDELAIN, *Recherches*, cit., 30 ss.; sui *templa in terra* di Bantia e di Este, cfr. M. TORELLI, *Un templum augurale d'età repubblicana a Bantia*, in RAL, XXI, 1966, 293 ss.; C. BALISTA - C. SAINATI - R. SALERNO, *Il santuario orientale a Meggiaro*, in A. RUTA SERAFINI (ed.), *Este preromana*, Treviso, 2002, 127 ss.; sul rituale umbro relativo al *templum in aere*: A. PROSDOCIMI, *Redazione e struttura testuale delle tavole Iguvine*, in ANRW, I.2, 1972, 624 ss.). Di tale attività di consultazione divina,

realtà istituzionale sotto il duplice profilo delle 'modalità di convocazione' e delle 'modalità di delibera': 'comitia calata curiata'¹⁰⁷. L'adesione incondizionata alla tesi di Prosdocimi implicherebbe una inverisimile postdatazione al sesto secolo circa (in un lasso di tempo compreso tra il *regnum* di Tullo Ostilio e quello Servio¹⁰⁸) dell'antichissimo sistema curiato, sia con funzione 'votante' *ex generibus hominum*¹⁰⁹, sia con funzione 'testante-approvante' *in contione* (sistema che, per l'appunto, avrebbe nell'opera di Romolo, a voler seguire il Prosdocimi, una mera anticipazione-duplicazione)¹¹⁰. Inoltre ciò significherebbe non prestare la debita considerazione all'altissima arcaicità dei riti

invero, non si fa menzione per i successori di Numa né in Livio, né in Plut. *Numa* 7, né in Zonar. 7.5; a differenza di Dionigi: 2.60.3, 3.1.3, 3.36.1, 3.46.1. Si potrebbe pertanto ipotizzare che il candidato scelto ed approvato dai primi organismi della città e non ancora inaugurato non sia ancora *rex*, ma solo 'capo militare e politico' (apice della città degli uomini): ma solo l'investitura divina, cui il capo per tradizione si sente vincolato a chiedere, 'aumenta' il suo *status* a vero *rex*, ossia capo *optimo iure* della *civitas* (divenendo così anche nesso tra la comunità umana e quella divina): il che, a mio avviso, ben si attaglia a quanto Fustel De Coulanges esprimeva nel nucleo centrale della *Cité antique*, ove disegnava genialmente la città antica, per impiegare le parole di Ampolo, «come complesso d'istituzioni politico-religiose, originale e irripetibile»: C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma*, I, Torino 1988, 153; *Id.*, *Le origini di Roma e la «Cité antique»*, in *Mélanges de l'École Française de Rome* 92, 1980, 567 ss.; cfr. N.D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 1864, *passim*; sul punto vd. A. SOREL, *Notice sur les travaux de M. Fustel de Coulanges*, in *Compte rendu de l'Académie de Sciences Morales et Politiques*, Paris, 1890, 5 ss.; A. MOMIGLIANO, *La città antica di Fustel de Coulanges*, in *Rivista Storica Italiana*, LXXXII, 1970, 81 (corrispondente a *Id.*, *Quinto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma 1975, I, 159); J. GAUDEMET, *Tendances et méthodes en droit romain*, in *Revue Philosophique* CXLV, 1955, 151; A. FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios de derecho romano en Francia después del código de Napoleón*, Roma - Madrid 1970, 54; C. WARNKE, *Antike Religion und antike Gesellschaft: wissenschaftshistorische Bemerkungen zu Fustel de Coulanges 'La cité antique'*, in *Klio*, LXVIII, 1986, 287 ss. Per la città da fondare, l'*augurium* (tuono, e fulmine) rappresenta l'atto conclusivo del *condere* a partire dal quale ha *initium* la vita (religiosa e giuridica) dell'*Urbs Roma* e dei *cives*, che da *multitudo* o *vulgus* divengono *populus Romanus Quiritium*: con specifico riguardo a Ov. *Fast.* 4.813-818, cfr. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino, 1960, 580 ss., il quale evidenzia come in Ovidio siano correttamente descritte «l'inaugurazione di scelta circa il *regnum* (versi 812-818); implicitamente, l'auspicazione circa il *dies* (versi 819 ss.); e infine l'inaugurazione di approvazione del luogo, cioè del pomeriggio (verso 825 ss.)»; l'autore, peraltro rileva che, se «il 'punto dello spazio-tempo' in cui si inizia la vita del *populus Romanus Quirites*» è contrassegnato dalla volontà di «*Iuppiter* grazie all'opera del *rex-augur* Romolo sul colle *Palatium* e nel giorno dei *Palilia*: 21 aprile, *dies natalis*», di modo che «aspetto spaziale ed aspetto temporale del sistema giuridico-religioso romano hanno un punto d'incontro, all'origine, nell'azione augurale di Romolo» (*Id.*, *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. 'Mundus, Templum, urbs, ager,*

agricoli dei *Fordicidia* e dei *Fornacalia*, senza soluzione di continuità, sempre di competenza curiale¹¹¹. Ben più probabile, seguendo qui il Prugni che «le curie e le assemblee curiate fossero in origine entità autonome anteriori alla nascita della *civitas*, costituendo una tappa fondamentale nel processo di superamento della frammentazione iniziale verso un assetto politico di tipo (con)federativo»¹¹². In secondo luogo, il fatto che non si conoscano i nomi di tre quarti delle *curiae*, e che queste ultime si dividano in *veteres* e *novae* non mi pare da sé argomento decisivo: sappiamo che in età repubblicana le curie erano oramai un relitto storico che, per amor di tradizione, rimaneva in vita, a mo' di larva

Latium, Italia', in ANRW, XVI.1, 1978, 443 s.; con riguardo alla *urbs condita auspicato auguratoque* di Liv. 5.52.2, vd. F. SINI, 'Initia Urbis', cit., 8 ss.; A. FERRABINO, 'Urbs in aeternum condita', Padova 1942; J. VOGT, *Römischer Glaube und römisches Weltreich*, Padova, 1943; più in generale, vd. H. HAFFTER, *Rom und römische Ideologie bei Livius*, in *Gymnasium*, LXXI, 1964, 236 ss. [= Id., *Römische Politik und römische Politiker*, Heidelberg 1967, 74 ss.]; M. MAZZA, *Storia e ideologia in Livio. Per un'analisi storiografica della 'praefatio' ai 'libri ab urbe condita'*, Catania, 1966, 129 ss.; G. MILES, 'Maiores', 'Conditores', and Livy's Perspective of the Past, in TAPA, CXVIII, 1988, 185 ss.; B. FEICHTINGER, 'Ad maiorem gloriam Romae'. Ideologie und Fiktion in der Historiographie des Livius, in *Latomus*, LI, 1992, 3 ss.). Parimenti, io credo che l'*augurium* sia elemento costitutivo imprescindibile della realtà 'regale' (giuridica-religiosa), ossia elemento necessario alla *creatio* che, una volta manifestatosi con il *signum*, il popolo non può far altro che plaudire: se non esiste una *civitas condita* senza il volere di Giove, anzi se Roma «nasce per un atto di volontà nella mente di Giove (non ancora Capitolino ...) ed a coronamento delle operazioni augurali di Romolo» tanto che «lo spazio, e il tempo, romani sono correlati alla divina realtà di Giove *ab origine* in virtù di un patto primordiale, quello che i Romani chiamarono *pax deorum*»: R. DEL PONTE, *Giove Capitolino nello spazio romano*, in *Diritto@Storia*, V, 2006, 1 ss.), allo stesso modo senza l'inaugurazione non esiste un *rex creatus*, ma un capo meramente 'umano' (del resto, come afferma R. ORESTANO, *Dal 'ius' al 'fas'. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *BIDR*, XLVI, 1939, 198 «è certo che nella storia primitiva di Roma domina il concetto che non solo le principali vicende, ma i principi stessi dell'organizzazione sociale fossero rispondenti alla volontà degli Dèi»; H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 207, mette in luce che «le *populus* ne pourrait subsister s'il perdait le milieu sacré qui le nourrit pour ainsi dire, en quittant l'*urbs* fondée avec l'acquiescement des auspices et par un acte inaugural; ou pour exprimer la même idée à un niveau religieux un peu plus moderne, il ne pourrait conserver la *pax deorum*, hors du cadre seul apte à contenir les sacrifices réguliers, par lesquels cette 'paix' se maintient. Telles sont les vérités que lui rappelle Camille, pour ruiner la folle suggestion des tribuns, d'émigrer en masse vers le site de Véies»). Contro tale impostazione, cfr. P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 432 (che, stranamente, reputa già *rex* il non *inauguratus*); in senso parzialmente analogo a quello da me attribuito a Liv. 1.18.6, cfr. U. COLI, 'Regnum', cit., 80 ss.; S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 109.

¹⁰⁰ Vero è, come afferma il Coli (U. COLI, 'Regnum', cit., 80), che il Campidoglio rappresenta l'osservatorio permanente degli auguri (Fest. voce *auguraculum* 17 Lindsay; Cic. *off.* 3.1666; Varr. *L.L.* 5.47; Liv. 10.7.10), ma in

istituzionalizzata, con competenze delimitate in via esclusiva alla sfera sacrale, a quella del diritto gentilizio e, in minima parte, di quello costituzionale, ossia alle più antiche funzioni monarchiche.

Comitia e funzioni non deliberanti.

Per la *sacrorum detestatio* e per il *testamentum* (istituti sia trattati contestualmente da Servio Sulpicio Rufo in un perduto trattato con il secondo libro *de sacris detestandis*, verisimilmente per talune corrispondenze sostanziali¹¹³, sia accostati da Gellio per talune identità procedimentali) le curie dell'intero popolo romano

epoca numana esistevano anche altri *auguracula*, sul Palatino e sul Quirinale, e mi pare più plausibile collocare nel primo dei due *montes*, già inaugurato dal Fondatore, il *templum* per la prima elezione numana: cfr., sul punto, L. PRELLER - H. JORDAN, *Römische Mythologie*, I, Berlino, 1881, 212, nt. 1; F. COARELLI, *La doppia tradizione sulla morte di Romolo e gli auguracula del-l'Arx e del Quirinale*, in *Gli Etruschi e Roma. Atti dell'incontro di studio in onore di M. Pallottino*, Roma, 1981, 173 ss.; cfr. anche A. GRANDAZZI, *Le roi et l'augure. À propos des auguracula de Rome*, in *La divination dans le monde étrusco-italique. Actes de la table ronde (22 mars 1986)*, III, Tours, 1986, 136. Si schiera a favore dell'*arx Capitolina* anche A. CARANDINI, *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani*, Torino, 2005, 147.

¹⁰¹ Cfr. D. 1.13.1 pr. (Ulp. *lib. sing. de off. procons.*), smentito da Tac. *ann.* 11.22.4; Plut. *Publ.* 12.3: cfr. L. GAROFALO, *La competenza giudiziaria dei 'quaestores' e Pomp. D. 1.2.2.16 e 23*, in nonché in *Appunti*, cit., 71 ss. (che, pur non prendendo posizione sul punto, evidentemente, non presta fede al passo ulpiano).

¹⁰² Secondo la nota interpretazione del De Francisci, ad onor del vero, il *rex inauguratus* primitivo divide le *gentes* in tre reparti (*tribus*) ciascuno dei quali doveva fornire tre centurie di *celer*, nucleo originario dell'esercito (cui si sommano gruppi di pedoni costituiti da clienti), privo della fanteria, una sorta di milizia sacra protetta dalla divinità, in quanto '*inaugurato*', come si ricaverebbe dalla lettura di Liv. 1.36.2 e 1.43.9 (P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 536 ss., 573 e nt. 68); a quest'epoca, quindi, non sarebbero esistiti i comizi curiati, ma i comizi 'calati' cioè le riunioni delle consorterie gentilizie dinanzi cui avevano luogo le *inaugurationes* (P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 545 ss.). La suggestiva ricostruzione del grande studioso non è condivisibile per diverse ragioni: anzitutto implica una distinzione di *genus* tra *comitia curiata* e *comitia calata*, laddove si apprende dal celebre Gell. 15.27.1-3 che i curiati erano una *species* del *genus* comizi calati; in secondo luogo non tiene conto di quelle fonti che non esitano ad affermare che le tre centurie di *celer* venivano levate per curie (Dion. Hal. 2.13.1; Paul.-Fest. voce *celer* 48 Lindsay); poi non considera la concorde visione data dalle fonti dell'esercito 'pre-tarquinico' e 'pre-serviano' come già diviso in cavalleria e fanteria. Da Dionigi pare ricavarsi l'originaria identificazione tra popolo romuleo, formato - il numero non mi pare casuale - da un numero lievemente superiore a tremila uomini, ed esercito (Dion. Hal. 1.87.3): il corpo dei *pedites*, nel numero di tremila, e quello dei *celer*, guardia 'eletta' del corpo regale (Dion. Hal. 2.13; Liv. 1.13.6-8), nel numero di trecento. Da Varrone, da Dionigi e da Polibio, inoltre, apprendiamo che, da tempo antichissimo (quindi nulla sembra escludere l'epoca della

del *regnum* primitivo, allorché la riforma militare-costituzionale etrusca ancora non era stata introdotta), venivano chiamate (*comitium calatum* nella forma di *comitium curiatum*, come ricaviamo implicitamente da Lelio Felice e da Labeone¹¹⁴ citati nelle *Noctes Atticae*), non nella forma di *comitiatus* (votante), ma esclusivamente a *detestari* o *testari in contione*, ossia, stando sempre al resoconto gelliano tratto dai *libri de auspiciis* di Messalla (console dell'anno 52 a.C.)¹¹⁵, il popolo, in ordine sparso, né veniva interrogato mediante *rogatio*, né esprimeva un proprio voto-*suffragium*¹¹⁶. Nella *detestatio*, come possiamo inferire dal significato che nel lessico della giurisprudenza assume

monarchia latino-sabina), vi erano tre *tribuni militum*, comandanti di contingenti di fanteria costituiti, ciascuno, di mille uomini (Varr. *L.L.* 5.81, 5.89; Dion. Hal. 2.14.4; Polib. 6.19-21). Né, del resto, mi pare sia degna di venire seguita la tesi di J. Martinez-Pinna, che vuole l'esercito di tremila fanti levati dalle tribù quale innovazione del primo sovrano etrusco (che, poi, avrebbe anche introdotto un esercito oplitico di seimila soldati): tale ricostruzione congetturale, infatti, oltre a trascurare le fonti testé citate e fondarsi sul silenzio degli autori antichi circa la prima presunta riorganizzazione militare attribuita al re etrusco, è contraddetta da Fest. voce *Navia* (168 Lindsay) che, insieme a Dion. Hal. 2.7.1, e a Liv. 36 e Cic. *rep.* 2.14, ricorda il fallimento della riforma di Tarquinio Prisco, che voleva ampliare la cavalleria e mutarne le denominazioni, osteggiata dall'augure Atta Navio che riuscì a limitare la modifica tarquiniana solo ad un incremento numerico (per la caoticità dei dati contenuti in Fest. voce *Sex Vestae sacerdotes* 468 Lindsay, invece, cfr. G. VALDITARA, *Studi*, cit., 155, nt. 57). Sicuramente l'attribuzione della riforma di cui appena sopra ad un re diverso da Servio Tullio insieme alle attestazioni di nomi connessi alle antiche tribù (Serv. *aen.* 5.560; Varr. *L.L.* 5.91; Gran. Licin. P.2Fl) induce a reputare - entro la cornice leggendaria del conflitto tra il *rex* e l'*augur* circa l'allargamento dei *templa* della *curia* e del *comitium*, che schematizza lo scontro tra gli esponenti della classe dirigente aristocratica e un sovrano populista - più che plausibile, storicamente, l'ampliamento della cavalleria (e non la nascita o la riorganizzazione della fanteria) poco tempo prima dello 'stravolgimento' istituzionale serviano (su cui cfr. la densa di C. AMPOLO, *La città riformata*, in *Storia di Roma*, Torino, 1999, 55 ss.). Da non seguire, pertanto, pure la tesi di G.V. SUMNER, *The Legion and the Centuriate Organisation*, in *JRS*, LX, 1970, 76, che crede sia da attribuire a Servio Tullio la creazione dell'esercito levato dalle tre tribù genetiche. Per l'esistenza di un esercito di fanteria levato per curie (e tribù), cfr., *ex plurimis*, P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti del II Congresso di studi romani*, III, Roma, 1931, 96 ss.; Id., *La riforma dell'ordinamento centuriato*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano, 1961, 105 ss.; A. MOMIGLIANO, *Studi sugli ordinamenti centuriati*, in *SDHI*, IV, 1938; G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 252 ss.; H. LAST, *The Servian Reforms*, in *JRS*, XXXV, 1945, 30 ss.; A. BERARDI, *Dagli ausiliari del rex ai magistrati della repubblica*, in *Athenaeum*, XXX, 1952, 19; A. ALFÖLDI, *Der frühromische Reiteradel und seine Ehrenabzeichen*, Roma, 1979, 87 s.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 115 s.; A. GUARINO, *La rivoluzione*; cit., 63; P.M. MARTIN, *L'idée*, cit., 134; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 66 ss.; G. VALDITARA, *Studi*, cit., 155, nt. 57.

¹⁰³ In merito ad un potere deliberativo in generale (ossia non solo limitato alla *lex de imperio*, ma anche alla votazione di leggi curiate 'tout court' e

costantemente il verbo *detestare* (riferibile, seppur con qualche incertezza, già al dettato decemvirale)¹¹⁷, non implica né alcuna *alienatio* o *abdcatio* di *sacra* (vuoi nel contesto di una *adrogatio*, vuoi in vista di un testamento comiziale)¹¹⁸, né alcuna forma di giuramento comiziale, analogo al modello 'sannitico'¹¹⁹, ovvero istitutivo di nuovi *sacra* sotto la supervisione pontificale¹²⁰; infatti, con i sopraccitati riti e), (*adrogatio*,) (in funzione di organo di investitura formale del magistrato con la delibera *de imperio*).

Mettendo a frutto alcuni interessanti spunti elaborati dallo Zablocki e dall'Arces che, in definitiva, considerano la *detestatio sacrorum* la «pubblica esecrazione degli empi» in funzione di

all'attività giudicante in materia criminale), v'è pressoché totale convergenza, tra gli autori, nel senso di escluderlo: cfr. P. BONFANTE, *Storia*, I⁴, cit., 91; L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, I, Napoli, 1989, 5; L. CAPOGROSSI CALOGNESI, *Le curie*, cit., 45 ss.; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1968, 70; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, 1941, 188 ss.; G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, Catania, 1971, 42 ss.; J. GAUDEMET, *Les institutions de l'antiquité*², Paris, 1982, 275; A. GUARINO, *Storia*, cit., 90 ss.; H. SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr, 1952, 25 ss.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 110, 152 ss. (con ulteriore ragguaglio bibliografico); F. LA ROSA, *Le attribuzioni dei 'comitia curiata'*, in *Index*, XXVIII, 2000, 181 ss.. Tuttavia se è vero, in particolare, con riguardo alla natura delle cd. leggi regie, che queste debbono esser state *leges datae* (ossia ottriate da re) acclamate *suffragio* dalle curie (cfr., da ultimi, G. FRANCIOSI, 'Leges regiae', Napoli, 2003, XV e nt. 11; G.M. OLIVIERO, *Il diritto di famiglia delle 'leges regiae'*, in *SDHI*, LXXIV, 2008, 559 ss.), altrettanto vero è, tuttavia, che talune fonti – fermo quanto già detto *supra* in tema di elezione regia e or ora circa le leggi regie – concordano nell'attribuzione, seppure sporadica, al popolo delle curie di una qualche competenza in materia di repressione criminale *de capite civis* (vuoi diretta, vuoi in virtù di *provocatio*), su concessione regia: cfr. Cic. *Mil.* 3.7; Val. Max. 8.1.absol.1, 63.6; Schol. Bob. in Cic. *orat.* 64; Dion. Hal. 3.22; Liv. 1.26; Fest. voce *Tigillum Sororium* (380 Lindsay); Auct. *vir. ill.* 4; Dion. Hal. 4.4.7, 4.5.3; Cic. *rep.* 1.40.62, 2.31.53-54; Cic. *Tusc.* 4.1.1; Sen. *ep.* 108.31. Sul punto, in favore della formazione di una prassi regia in virtù della quale si sarebbe poi affermato il principio della giurisdizione popolare esclusiva si sono pronunciati diversi autori: C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970, 12 s.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 207; P. VOCI, *Per la definizione dell' 'imperium'*, in *Studi in onore di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 75 s.; B. SANTALUCUIA, *Alle origini del processo penale romano*, in *Iura*, XXXV, 1984, 52 ss.; Id., *Il processo nelle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 1984*, Napoli, 1988, 249 ss.; L. GAROFALO, *In tema di 'provocatio ad populum'*. A proposito di un recente saggio, in *SDHI*, LIII, 1987, 354 s., nonché in Id., *Appunti*, cit., 45 s. (da cui si citerà). Quanto al presunto contrasto tra Cic. *rep.* 2.31.53 e 2.31.54 (su cui vd. L. GAROFALO, *In tema*, cit., 46), a mio modo di vedere, i due passi ciceroniani, non essendo affatto formalmente in contraddizione tra loro, non debbono essere oggetto di un tentativo di composizione ad una unità sostanzialmente coerente: da un lato, infatti, si sostiene che la *provocatio ad populum* risale all'età regia, dall'altro che la prima legge comiziale (e non il primo provvedimento in assoluto!) ad aver introdotto l'istituto del *ius provocationis* fu la legge proposta da Publicola. Le due

primordiale ‘diseredazione’ (facendo combaciare questa magmatica e sfumata categoria soggettiva – gli empi, per l’appunto – con la «totalità degli *alieni iuris*», possiamo, da un lato, ricondurre al più corretto significato di *sacer* (partendo dal pensiero di Luigi Garofalo e di Claudia Santi) il genitivo plurale che rinveniamo nel sintagma (facendo nostra la singolare interpretazione che i due autori da ultimi citati propongono, considerando *sacrorum* di genere maschile e non, come la *communis opinio*, di genere neutro), dall’altro, ribadire la inverosimiglianza che *detestatio* abbia il senso negativo di ‘maledizione’ o di ‘esacrazione’, (giacché, in contesti pertinenti al

informazioni sono del tutto compatibili all’interno di un discorso perfettamente coerente.

¹⁰⁴ Sul significato di *k(c)alare* è imprescindibile la lettura dei seguenti passi: Paul.-Fest. voce *Calatores*, 34 L.: *Calatores dicebantur servi, ‘apò tou kalein’, quod est vocare, quia semper vocari possent ob necessitatem servitutis*; voce *Procalare*, 251 L.: *Procalare ex Graeco kalein, id est vocare. Unde kalendae, calumnia, calones et caculae et calatores*; Macr. sat. 1.15.9-12; stando, poi, a Varrone, *de lingua Latina* (6.27), *primi dies mensium nominati Kalendae, quod his diebus calantur eius mensis nonae a pontificibus, quintanae an septimanae sint futurae, in Capitolio in curia Calabra sic dicto quinquies: ‘Calo, luno Covella’, septies dicto ‘Calo luno Covella’*; e Servio (Aen. 8.654) *‘Horrebat regia culmo’ Curiam Calabram dicit, quam Romulus texerat culmis*. [Serv. Dan., in *Verg. Aen.* 8.654] *Ideo autem ‘Calabra’, quod cum incertae essent kalendae aut idus, a Romulo constitutum est, ut ibi patres vel populus calarentur, id est vocarentur, et scirent, qua die kalendae essent vel etiam idus. A rege sacrificulo idem fiebat ut, quoniam adhuc fasti non erant, ludorum et sacrificiorum praenoscerent dies*. La tesi del De Francisci (P. DE FRANCISCI, ‘*Primordia civitatis*’, cit., 489; Id., *La formazione della comunità politica romana primitiva*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 100), che qui riprende il Mommsen, secondo cui il *kalator* sarebbe in via esclusiva un araldo del pontefice, non va – a mio credere – seguita (sebbene, ad onor del vero, sia frequente nelle fonti l’associazione della figura del *kalator* con i pontefici o con i flamini, ma qui si tratta di uno svilimento dell’originario *kalator* a schiavo con funzione di apparitore sacrale; sul rapporto tra loro intercorrente, cfr. Serv. Dan. in *Georg.* 1.268: *pontifices sacrificaturi praemittere calatores suos solent, ut, sicubi viderint opifices adsidentes opus suum, prohibeant, ne pro negotio suo et ipsorum oculos et caerimonias deum attaminent*; ILS 4970: *[in] honorem domus Augustae kalatores pontificum et flaminum*; ILS 4971: *kalatores pontificum et flaminum*; ILS 4972: *kalatori pontif.*). Il verbo *calare*, infatti, indica solo un ‘neutro’ convocare, senza alcuna indicazione del magistrato o del sacerdote che ordina la convocazione a mezzo di un suo araldo (S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano*, cit., 195 ss.); se poi prendiamo in considerazione il *Lapis Niger*, il *kalator* è legato indissolubilmente al re e non al pontefice (il che nega recisamente il rapporto di esclusività qui contrastato); in secondo luogo, se prendiamo in esame i giorni QRCF e pensiamo, come credo sia da fare (cfr. *infra*), a *comitiare* nel senso di *kalare*, ancora un elemento in più pare a favore della convocazione (e della presidenza) regia, almeno in via tendenziale, dei comizi calati. In secondo luogo, priva di riscontri testuali è la tesi, sempre del De Francisci, che ritiene *calata* i

diritto, si trova in via esclusiva nel senso di 'dichiarazione solenne e pubblica dinanzi a testimoni').

Dalla lettura del tanto celebre quanto ostico Fest. voce *Sacer mons* (424 Lindsay)¹²¹, sono essenzialmente due le caratteristiche distintive del regime vigente, *ab antiquo*, per il cd. *homo sacer*, a emergere: da una parte, la liceità della sua uccisione (per mano di chiunque, o per mezzo di qualsivoglia fatto naturale), essendo a tutti consentito (ma non imposto) il cagionargli la morte; dall'altra, la illiceità (*nefas*¹²²) del suo *sacrificium* a titolo espiatorio, per opera della comunità attraverso i suoi uffici, o di un membro della stessa. Vero è, infatti, che in relazione a certe condotte lesive in modo

comizi pontificii (in quanto, a suo dire, presieduti dal *pontifex maximus*: ma potremmo ritenere, *a fortiori*, data la sua concezione di *calare*, anche da essi convocati) e *curiata* quelli regi (in quanto convocati e presieduti dal *rex*), laddove i *dies* QRCF sarebbero una sorta di *tertium genus* in quanto presieduti dal pontefice ma convocati dal re (P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'*, cit., 548 s.). Ben più plausibile (P. CIPRIANO, *'Fas' e 'nefas'*, Roma, 1978, 116 ss.) è, invece, che convocazione e presidenza siano ascrivibili sempre al medesimo soggetto. Sicché, a fronte di tali dati, affermano, a mio avviso erroneamente, senza esitazioni la presidenza (repubblicana) del pontefice massimo dei *comitia calata* (anche per i testamenti) i seguenti autori: T. MOMMSEN, *Le droit public romain*, III, cit., 41, 42 nt. 3; F. SCHWIND, *Römisches Recht, I. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechtes*, Wien, 1950, 374; A. MAGDELAIN, *La loi à Rome. Histoire d'un concept*, Paris 1978, 82 s.; M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I, *Lezioni di Diritto romano raccolte da R. Martini*, Torino, 1966, 29): sicuramente in via di sostituzione questo non è impossibile, ma più verisimile mi pare una generale competenza regia: sicché non da seguire mi pare la Rinolfi là ove afferma che «le operazioni di convocazione erano curate dai pontefici, i quali si avvalevano del *calator*», che «di fronte a tali comizi ... si svolgevano gli atti necessari per i *testamenta calatis comitiis*» e che «almeno per l'età repubblicana ... al pontefice massimo passò il compito di presiedere i comizi calati, ereditando le funzioni che in origine spettavano quasi per certo al *rex*, e successivamente al *rex sacro rum*»; non corrispondente al vero è, dunque, sostenere sulla base di Gell. 15.27.1, che «una conduzione pontificale dei *comitia calata* viene affermata dalla giurisprudenza augustea anche per atti diversi dalla confezione dei testamenti comiziali, conduzione che doveva risalire, almeno in casi particolari, all'età monarchica» (C. RINOLFI, *Plebe, pontefice massimo, tribuni della plebe: a proposito di Liv. 3.54.5-14*, in *Diritto @ Storia*, V, 2006). Di poi, quanto al fatto che i comizi per la solenne inaugurazione (quale atto di conferma divina della dignità sacerdotale: Cic. *leg.* 2.8.21; Dion. Hal. 2.22.3) tanto del *flamen captus* (Liv. 27.8.4-10), quanto del *rex nominato* (Liv. 40.42.8-11), si tenessero *pro conlegio pontificum*, ossia 'dinanzi a detto collegio', e non 'in suo nome' o 'in suo luogo' (così, invece, L. FRANCHINI, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a.C.)*, Napoli, 2008, 286, nt. 598, in una prospettiva generale tuttavia condivisibile in quanto opposta a quella di G. WISSOWA, *Religion*, cit., 490, nt. 3-4, che ritiene inaugurabili solo re e flaminii), invero, esso nulla ci dice circa le modalità di convocazione e di presidenza (cfr., in questo senso, P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 212 ss., 220, 238 ss., 361 ss.; J.G. WOLF, *'Comitia, quae pro conlegio pontificum habentur'*. *Zur Amtsautorität der Pontifices*, in *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlass des 70.*

particolarmente grave della *pax deorum*¹²³, la situazione di pace e amicizia che la *civitas hominum* doveva conservare perennemente con la *civitas deorum* onde assicurarsi la prosperità, talora veniva prevista l'uccisione sacrificale (*deo necari*)¹²⁴, talora la *consecratio* di quei soggetti che si fossero macchiati di un «peccato cosmico»¹²⁵ tale da compromettere inesorabilmente l'equilibrio tra piano umano e piano divino¹²⁶, equilibrio bisognoso di essere ricostruito: la separazione del soggetto dalla comunità dei liberi cittadini romani¹²⁷ e la automatica destinazione del soggetto responsabile alla divinità offesa, infatti, garantiva il ricomponimento di quel

Geburtstages von F. Wieacker, Ebelsbach am Main, 1980, 3 ss., 22; J. BLEICKEN, *Oberpontifex und Pontifikalkollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, LXXXV, 1957, 356 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 141, 300, 400 ss.), essendo tale fonte solo indicativa del fatto che a dette assemblee era presente il *pontifex maximus*. In altre parole, quanto ai comizi per i testamenti e l'*adrogatio* credo assai verisimile una *calatio* e una presidenza regia anche in età repubblicana (seppur ciò per nulla esclude, come testé detto, la presenza del pontefice); quanto ai comizi per la *inauguratio* dei flamini, le cose sono di certo più dubbie, anche se nulla esclude, a mio credere, che si possa pensare ad una convocazione e presidenza regia (P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 212 ss.); mentre per quanto riguarda la *inauguratio* del *rex sacrorum*, mi pare ipotizzabile, data la alta inverosimiglianza per il *nominatus* non ancora inaugurato, di assumere la presidenza dei comizi calati (volti appunto ad inaugurarli), il potere del pontefice massimo di convocare e presiedere quei comizi calati (e ciò quale espressione sintomatica della facoltà di sostituzione pontificale).

¹⁰⁵ La forma epigrafica più frequente, a quanto mi risulta è, tuttavia, *lictor curiatus*: CIL III 6078; CIL VI 1085; CIL VI 1892. Vd., sul punto, S. MAZZARINO, *Dalla monarchia allo stato repubblicano*, cit., 195 ss.

¹⁰⁶ Sono convinti - e io con loro - che i *comitia calata* (a prescindere dal problema della presidenza), G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole*, Firenze, 1878, 138 nt. 2, il quale ritiene che «tutti quei comizii convocati e preseduti dai pontefici chiamavansi *calata* ed erano ora curiati, ora centuriati»; quanto B. KÜBLER, voce *Calata comitia*, in *RE*, III.1, Stuttgart, 1879, 1330, l'autore sostiene quanto segue «es ist daher wahrscheinlich, dass diese Versammlungen *calata* genannt wurden mit Rücksicht auf die ihnen eigentümliche Art Berufung durch die Pontifices. Sie fanden sowohl nach Curien als nach Centurien statt; jene wurden durch einem *lictor curiatus* (diese Form bezeugen die Inschriften, bei Gellius steht *curiatus*) berufen, diese durch einem Hornisten» (cfr., altresì, G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies*, cit., 152 ss.; T. MOMMSEN, *Römische Forschungen*, I, cit., 273; ID., *Le droit public romain*, VI.1, tr. Fr., Paris, 1889, 349, nt. 1, che prima pensava alle centurie come unità per l'elezione del *flamen Martialis* e di quello di Quirino, poi per quella del solo marziale).

¹⁰⁷ Non seguo, sulla base delle fonti (anzitutto Gellio), quella scuola di pensiero che, inopinatamente, vede nei *calata comitia* un *tertium genus* rispetto ai centuriati e ai curiati: Æ. Forcellini, voce *calātus*, in *Totius Latinitatis Lexicon consilio et cura J. Facciolati*, I, Patavii, 1771, , 352: «*Calata primum dicta sunt*

«benefico equilibrio tra mondo umano e divino»¹²⁸, imprescindibile per la *vita dell'Urbs Roma*¹²⁹. Una volta distaccato dalla collettività di cui era stato membro, l'*homo sacer*, ovviamente, non era più il destinatario delle tutele garantitegli quando era un *non sacer*, e segnatamente non era più protetto dalla *lex* umana che sanzionava l'omicidio doloso con la morte: donde la liceità della sua uccisione¹³⁰, di talché chiunque avrebbe potuto dargli la morte e rimanere impunito. Come sopra accennavo, entro il sistema 'giuridico-religioso' originario (o, meglio, entro l'ordine indifferenziato) l'uccisione dell'*homo sacer* non era tuttavia oggetto di alcun obbligo (umano o divino): né per gli organi della *civitas*; né

omnia comitia, quod ad ea populus calaretur, seu convocaretur: hæc postea in curiata, centuriata, & tributa divisa sunt. Deinde calata comitia speciatim dicta sunt, quæ pro collegio pontificum habebantur, aut regis sacrorum, aut flaminum inaugurandorum causa: item quæ sacris promulgandis, aut testamento faciendis cogebantur»; J.L.E. ORTOLAN, *Spiegazione storica delle Istituzioni dell'imperatore Giustiniano, col testo, la traduzione, e le spiegazioni sotto ciascun paragrafo, preceduta Da una esposizione generale del diritto*, I, tr. it., Napoli 1856, 339, discorre di assemblee 'speciali' del popolo, con riguardo ad affari religiosi e per il confezionamento di testamenti; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 562 ss., 577 nt. 87, 589 s., 728, invero, senza fondanti appigli testuali e con alcune contraddizioni interne (anzitutto circa la qualificazione dei comizi dei giorni QRCF), parla di comizi calati come di assemblee convocate dal re, ma presiedute dal pontefice e di comizi curiati come di comizi sia convocati che presieduti dal re; storicamente, secondo l'autore, i comizi calati sarebbero stati le antiche riunioni delle vecchie curie convocate dal pontefice massimo; di poi, con la creazione dei comizi curiati a carattere politico-militare presieduti dal re, i *comitia calata* si sarebbero distinti, come testé detto, per la presidenza del pontefice massimo e la convocazione da parte di un *calator*. A mio avviso, invece, è entro il *genus* dei *comitia calata* che si rinvenivano le *species* dei *comitia centuriata* e dei *comitia curiata*: il *genus* faceva riferimento esclusivo alle modalità di convocazione, mentre le *species* facevano riferimento al *quomodo* differenziato della distribuzione del popolo (oltre che, implicitamente, alle diverse tipologie di *calatio*). Indi, in un'epoca in cui non esistevano ancora i comizi centuriati, i comizi calati coincidevano *in toto* con quelli curiati: potremmo, pertanto, parlare – come del resto abbiamo fatto – di *comitia calata curiata* e di *comitia calata centuriata* (sui *comitia* monarchici, cfr., quanto a fonti, Gell. 15.27.1-3; Gai 2.101; Ulp. *reg.* 20.2; I. 2.10.1; in letteratura, vd., in generale, T. MOMMSEN, *Römische Forschungen*, 270; Id., *Römisches Staatsrecht*, II³, Leipzig, 1887, 9; J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung*, III², Leipzig, 1885, 226, 451; F. DE MARTINO, *Storia*, cit., I, 111, 149, 153 (che, in buona sostanza, ritiene le competenze assembleari curiali, limitate al solo diritto di famiglia); P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 545 s.; M. TORELLI, *Tre studi di storia etrusca*, in *Dialoghi di archeologia*, VIII, 1975, 29 ss.; U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *Iura*, VII, 1956, 42 s.; J.C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, Rome, 1978, 211 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla tribù allo stato. Le istituzioni dello stato cittadino*, Roma, 1990, 91 ss.; A. CORBINO, *La nozione di 'comitia calata'*, in *Iura*, XLII, 1991 145 ss.; T.J. CORNELL, *The Beginnings of Rome: Italy From the Bronze Age to the Punic Wars*, London, 1995, 116 ss.). Sulla base del tenore delle nostre fonti, non credo pertanto siano corrette le ricostruzioni di

per i singoli *cives*, né per l'essere sovra-umano offeso (o per altri *dii*). Al contempo l'ordine del *fas* escludeva che l'uccisione dell'*homo sacer* avvenisse come esecuzione sacrificale (*immolatio*)¹³¹ per la *placatio* della divinità irata dal contegno della (eventuale) *victima*: come noto, infatti, atteso che '*quicquid destinatum est dis sacrum vocatur*'¹³² e che '*sacrum est - ut Trebatius libro primo 'de religionibus' refert - quicquid est quod deorum habetur*'¹³³, l'*homo sacer* si trovava nello *status* di 'appartenente' alla divinità offesa (in una sorta di rapporto che potremmo definire di *mancipium-dominium*, uscendo dall'*'indifferenziato primordiale'* entro cui si colloca l'emersione del

coloro che vedono nei *comitia calata* una forma (*species*) in cui si svolgevano i *comitia curiata*, ossia il *genus* assembleare più antico (cfr. in questo senso: P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, tr. it., Milano, 1909, 813; G. NOCERA, *Il potere dei comizi e i suoi limiti*, Milano, 1940, 2 s.; R. MARACHE, *Aulu-Gelle, Les nuits attiques*, Tome III, Livres XI-XV, Paris, 1989, 229 nt. 2; G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, 1993, 104; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965, 46; M. KASER, *Storia del diritto romano*, trad. it., Milano, 1977, 27; C. MASCHI, *Storia del diritto romano*, Milano, 1979, 51 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, Napoli, I.1, 1984, 109; L. LABRUNA - F. CASSOLA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³, Napoli, 1993, 179 ss.; L. CAPOGROSSI CALOGNESI, *Le curie*, cit., 45; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*⁹, Napoli, 1993, 91). Né mi persuade G. NICOSIA, *Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma*, I, Catania, 1971, 42, là ove sostiene che la locuzione *comitia calata*: «non designò mai un'entità diversa dai comizi curiati, bensì fu adoperata (di solito allo ablativo: *calatis comitiis*) per indicare che taluni atti si compivano di fronte a tali comizi riuniti (ad es. *testamentum calatis comitiis*)». Parimenti, non corrispondenti al vero mi paiono le interpretazioni di quegli autori che sostengono che i comizi calati siano quelli «in cui il popolo, distribuito per curie o per centurie, non esprimeva la sua volontà con la votazione, bensì si limitava a presenziare cerimonie o atti importanti, come l'inaugurazione del *rex sacrorum* e dei *flamines*», postulando così una eterogeneità tra le due forme comiziali ed escludendone il rapporto testé visto (U. COLI, *Il testamento*, cit., 42, in conformità a B. KÜBLER, voce '*Comitia curiata*', in *RE*, III.1, Stuttgart, 1897, 1330; il pensiero del Coli è seguito, in parte, sia da F. GRELLE, voce '*Comitia*', in *NNDI*, III, Torino, 1959, 602, sia da A. CORBINO, *La nozione*, cit., 150, secondo cui «i *comitia calata* erano ... l'adunanza caratterizzata da una formale convocazione del *populus*, che non sarebbe poi proseguita tuttavia nel successivo invito del medesimo a distribuirsi per il *suffragium*, essendo tale adunanza disposta a scopo di pubblicità e non di deliberazione» imponendosi come una assemblea che «non prevedeva però alcuna distribuzione del popolo per curie o centurie e costituiva perciò un *genus* comiziale a sé»; per l'esclusione del rapporto *species-genus* è pure P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 238 ss.; 243 ss.; discorre di «funzione ... notarile» limitata a rendere pubblica «la nomina di certi sacerdoti e l'esecuzione di due atti privati», dimenticando l'adrogatio, D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica*, cit., 142). Del primo orientamento credo sia da tener fermo il postulato rapporto di *species* a *genus* (che, tuttavia, reputo debba essere invertito nei termini sopra descritti); del secondo credo sia da salvare la concezione dei *comitia calata* come *genus* (ma, contemporaneamente, non ritengo che in essi il popolo fosse sempre e

concetto di *sacer* ed entrando in quello del *ius*¹³⁴), ovvero di soggezione a un potere sovraumano¹³⁵.

Il *sacer*, quindi, non è in balia degli uomini, come parrebbe evincersi dalla interpretazione della sacertà come «legalizzazione del linciaggio»¹³⁶. Egli è bensì in balia della divinità e a questa, appunto, spetta la decisione ultima sulla sorte dell'uomo che a lei è *dedicatus*: insomma «la *sacratio* affida agli dei il destino del cittadino che vi incorre»¹³⁷. Ma gli dei ben potevano necessitare della collaborazione degli uomini onde attuare le loro decisioni¹³⁸: sicché, una volta che la divinità si fosse determinata nel senso della morte del *sacer*, un soggetto umano avrebbe agito quale

comunque mero testimone). Il dettato gelliano, ove Lelio Felice, sulla scorta delle indicazioni di Labeone, individua le differenze tipologiche tra i vari *comitia* (assemblee generali del popolo intero a differenza dei *concilia*, ossia assemblee in cui viene convocata una parte soltanto del popolo) mi pare non interpretabile se non nei seguenti termini. Da un lato si mette in luce come i *comitia calata* siano quelli tenuti in presenza del collegio dei pontefici per procedere (a titolo paradigmatico) alla *inauguratio* del *rex sacrorum* ovvero dei *flamines*; dall'altro si sottolinea che i *comitia calata* si distinguevano in '*curiata*' e '*centuriata*', e che le due *species* erano soggette a ben diverse modalità di convocazione: per le prime il calare era compito del littore curiato, per le seconde del suonatore di corno. I *comitia calata* (senza indicazione del *modus calandi*) inoltre, vengono da Gellio ritenuti *comitia* competenti per la *sacrorum detestatio* e per i testamenti: atti comiziali che avvenivano '*in populi contione*', ossia secondo Messala (Gell. 13.16.1-3), atti che non richiedevano né una *rogatio* né un *suffragium* (ossia un *agere cum populo*), ma solo un *verba facere* (*contionem habere*). Il testo, quindi, dopo alcune digressioni sui *concilia*, sui *tribuni*, sui *plebiscita*, continua a rimarcare le differenze tra le due fondamentali tipologie di *comitia calata*: nei *comitia curiata*, infatti, il voto si esprime *ex generibus hominum*, mentre nei *comitia centuriata* (per i quali si rimarca, tra l'altro, l'impossibilità di convocazione all'interno del pomerio) il *suffragium* si esprimeva in base al censo e all'età.

108

¹⁰⁹ La perfetta correlazione tra curie e genti nel senso di 'organizzazioni esclusivamente patrizie' (per le fonti v. Liv. 10.8.9; Gell. 10.20.5, 17.21.7; sul punto è imprescindibile la lettura di G. FRANCIOSI, *La plebe senza genti e il problema della 'rogatio Canuleia'*, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, I, 125 ss., 162 ss.), con esclusione dei plebei, certo non può fondarsi, come peraltro numerosi studiosi hanno invece creduto (cfr., tra molti, P. BONFANTE, *Storia*, I⁴, cit., 71 ss.; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 484, nt. 350) sul celebre passo gelliano ove si riporta il pensiero di Lelio Felice (Gell. 15.27.5): qui *genera* (benché *genus* sia impiegato in luogo di *gens* in Liv. 1.7.13, 2.46.4, 10.3.2; Varro *L.L.* 9.59; Tac. *ann.* 6.27; 15.48) non è affatto sinonimo di *gentes* (cfr., in tal senso, J. BINDER, *Die 'Plebs'. Studien zur romischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1909, 160, nt. 125; U. COLI, *Le origini della 'civitas' secondo De Francisci*, in *Studi Senesi*, LXXI, 1959, 31; G. DE SANCTIS, *Storia*, I, 247, nt. 46; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 148; G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 137 s.; v., sul punto, anche J.C. RICHARD, *Les origines*, cit., 199); il giurista sembra voler dire solo che i *comitia curiata* erano assemblee caratterizzati da una organizzazione di votazione tale per cui il *suffragium* (per un totale di trenta voti, pari alle trenta curie) si formava secondo

longa manus del dio, occupandosi dell'uccisione del *sacer* «in maniera per così dire informale e irrituale»¹³⁹, giacché l'immolazione dell'*homo sacer*, se effettuata, avrebbe provocato una frattura della *pax deorum*¹⁴⁰. Una messa a morte, questa, né fonte di punibilità a titolo di *homicidium* o a qualsivoglia altro titolo (Dion. Hal. 2.10.3, 2.74.3; Cic. *Tull.* 20.47), né causa di qualsivoglia '*miasma*', ossia deterioramento dello 'stato di purezza' (Dion. Hal. 2.74.3¹⁴¹) dell'esecutore materiale della volontà divina.

Tuttavia non può non rilevarsi come, entro un sistema così concepito, pur considerando la Roma della prima monarchia una

la disposizione dei componenti per 'nascita' (e quindi secondo il gruppo familiare in senso ampio di appartenenza). Il problema, così posto, è dunque di nessun peso: è inutile, infatti, chiedersi se le curie originarie siano solo patrizie o plebee quando tale dicotomia parrebbe affondare le origini solo in un'epoca compresa tra i Tarquini e i primi decenni della repubblica (così, cfr., a titolo paradigmatico, P.C. RANOUIL, *Recherches sur le patriciat*, Paris, 1975, 3 ss.; J.C. RICHARD, *Les origines*, cit., 215 ss.). Non mi pare da seguire, pertanto, quella corrente che crede - a prescindere dalle singole modalità con cui si è interpretato il sostantivo *genera* nel testé citato passo gelliano - alla curia come un'istituzione 'patrizia-clientelare' (nel senso repubblicano dell'espressione): così, invece, in buona sostanza, B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I, cit., 370; A. BOUCHÉ-LECLERQ, *Histoire de la divination dans l'antiquité*, IV, Paris, 1882, 213; E. HERZOG, *Geschichte und System der römischen Staatsverfassung*, I, Leipzig, 1884, 99, 158 ss.; J. BINDER, *Die 'Plebs'*, cit., 388 ss.; P. FREZZA, *La costituzione cittadina di Roma ed il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, 295; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 483 ss.; R. ORESTANO, *I fatti*, cit., 56; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli, 1975, 63 ss., 75; F. DE MARTINO, *Storia*, cit., 115, 146 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma, 1978, 121; G. VALDITARA, *Studi*, cit., 154, nt. 56. Né, parimenti, mi pare corretto vedere nelle curie esclusivamente delle 'consorterie gentilizie' (almeno per l'epoca più antica), come fanno, *ex plurimis*, R.E.A. PALMER, *The Archaic Community*, cit., 67 ss.; J.C. RICHARD, *Les origines*, cit., 19; M. TORELLI, *Tre studi*, cit., 29 ss. Più appropriata mi sembra, pertanto, quella scuola di pensiero che propende per una inclusione di 'tutti i membri della nuova organizzazione cittadina', ma non per far dei comizi curiati anche dei comizi plebei, ma perché - ancora inesistente tale distinzione 'sociale' - dette assemblee (verisimilmente romanizzazione di figure preciviche e protociviche) erano rappresentative di tutta la cittadinanza (quirites): vd. V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 2006, 45; G. GIANNELLI, *Trattato di storia romana*, I⁴, Roma, 1969, 106; F. CASSOLA, *La repubblica romana*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano, 1968, 305; J. VOGT, *La repubblica romana*, trad. it., Roma - Bari, 1975, 45; W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung*, Köln - Graz, 1967, 13; G. NICOLET, *Il mestiere di cittadino*, cit., 275. Credo inoltre che non possa tacersi del fatto che le antiche curie (a differenza di quelle nuove ostiliane *post Albam captam*), di cui a Fest. voce *curiae veteres* (168 Lindsay), sono sempre contraddistinte da aggettivo 'mitico' o 'toponomastico', *Rapta*, *Foriensis*, *Veliensis*, *Velitia*, e giammai 'gentilizio', come ad esempio la *Faucia*, e la *Acculeia* (cfr. G. COLONNA, *Nome gentilizio e società*, in *SE*, XLV, 1977, 175 ss.; J. HEURGON, *Onomastique étrusque: la denomination gentile*, in *L'onomastique*

«face-to-face society»¹⁴², l'uccisore (sostanzialmente non omicida e, pertanto, non assoggettabile alla pena del '*paricidas esto*') dell'*homo sacer* (in origine automaticamente dedotto nella sfera di disponibilità del dio a seguito della materiale rottura della *pax* con la *civitas deorum*, senza che vi fosse bisogno di alcun accertamento giudiziale)¹⁴³ fosse tuttavia clamorosamente esposto al rischio gravosissimo di essere comunque accusato di omicidio volontario (in quanto, in effetti, era innegabile che egli – per parafrasare Numa Pompilio – *dolo sciens morti dedisset*). E a fronte di una tale accusa, l'incriminato poteva sottrarsi alla condanna che avrebbe proclamato '*paricidas esto*' solamente dimostrando la 'non

latine, Paris, 1977, 25 ss. ; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*⁶, Napoli, 1999): solo prendendo la vittoria di Tullo Ostilio come *terminus post quem* potremmo pensare ad 'aristocrazie gentilizie' che in Roma abbiano acquisto tanto potere da imporre il *nomen* alle strutture curiali ed imprimervi interessi particolari: di qui l'alta improbabilità di pensare a un dominio sulle curie di genti più importanti risalente ai primordi della *civitas* e pensare alle curie primitive, protourbane e urbane come 'consorterie gentilizie' (così, invece, crede G. VALDITARA, *Studi*, cit., 154, nt. 56). È solo in questo contesto sociale che paiono scorgibili i germi della nascita di due ordini contrapposti: «di fronte all'organizzazione gentilizia, sempre più arroccata a difesa del privilegio patrizio del potere sta la plebe, con la sua origine composita, che la crisi concomitante (o conseguente) al declino della potenza etrusca e l'inaudita asprezza dello scontro di classe rende più consapevole dell'identità dei propri interessi di fronte alla chiusura dell'aristocrazia» (G. FRANCIOSI, *Una ipotesi sull'origine della clientela*, in *Labeo*, XXXII, 1986, 273); ed ecco immigrati, artisti, artigiani, commercianti, locali pauperizzati (G. FRANCIOSI, *La plebe*, cit., 162 ss., contadini (F. DE MARTINO, *La 'gens', lo stato e le classi in Roma antica*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, Napoli, 442 ss.; J.C. RICHARD, *Les origines*, cit., 191; A. GUARINO, *La rivoluzione*; cit., 96 ss.); elementi provenienti dalle clientele gentilizie (cfr. le seguenti fonti che instaurano un rapporto invertito, del tipo 'dalla plebe alla clientela' e non del tipo più plausibile 'dalla clientela alla plebe': Dion Hal. 2.9.1-2; Cic rep. 2.9.16; Plut. Rom. 13.5; Fest. voce *patrocinia* 262 Lindsay; opposta la logica di T. MOMMSEN, *Das römische Gastrecht und die römische Clientel*, in *Römische Forschung*, I, Berlin, 1864, 356, nt. 4, che discorre di «ursprungliche Identität von Clientel und Plebität»). Anche a mente di ciò non va condiviso l'orientamento che identifica i *celereres* con il patriziato (A. ALFÖLDI, *Die Herrschaft der Reiterei in Griechenland und Rom nach dem Sturz der Könige*, in *Festschrift K. Schefold*, Basel, 1967, 13 ss.; Id., *Der frühromische Reiteradel*, cit., 87 s.; S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 69; contra: A. MOMIGLIANO, '*Procum Patricium*', in *JRS*, LVI, 1966, 16 ss.; Id., *Cavalry and Patriciate*, in *Historia*, XVIII, 1969, 385 ss.).

¹¹⁰

¹¹¹

¹¹² Vero è che, secondo ampia dottrina (risalente e non), le curie sarebbero, stando a Dionigi, solo una costruzione 'artificiale' del primo legislatore romano contestuale alla creazione della città (o, stando a Livio, alla sua duplicazione con la co-reggenza di Tito Tazio), ossia un istituto di natura amministrativa intermedia tra le genti e le antichissime tribù dei *Tities* (da Tito Tazio), dei *Ramnes* (da Romolo), dei *Luceres* (da *lucus* o da Lucumone), tribù di nome etrusco o etruschizzante secondo Varr. *L.L.* 5.55 (che, invero, pare far

libertà' dell'ucciso e quindi, la non integrazione della fattispecie contemplata nella citata *lex Numae* che, per l'appunto, individuava il soggetto passivo dell'offesa nell'*homo liber*, ossia 'l'uomo che direttamente apparteneva al popolo (Romano)', o in quanto era un '*non sacer*' o in quanto era un '*nec Mancipi*': come già ho avuto modo di sottolineare, infatti, mi sembra corretto intraprendere (se non seguire *in toto*) la strada lumeggiata da Luigi Garofalo¹⁴⁴, ad avviso del quale, per le origini, non avrebbe avuto alcun senso l'antitesi propugnata dalla *communis opinio (liber / servus*¹⁴⁵), appunto perché all'epoca del regno primitivo la schiavitù non era

riferimento alle tribù come suddivisioni dell'agro, al pari di Dion. Hal. 2.7.4): cfr. T. MOMMSEN, *Storia di Roma*, I, cit., 84; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, I, cit., 246 ss.; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I⁴, cit., 90; F. ALTHEIM, *Epochen der römischen Geschichte*, I, Frankfurt a. M., 1934, 84; A. MOMIGLIANO, *Terzo contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1960, 579; J.C. RICHARD, *Les origines*, cit., 254; C. AMPOLO, *La nascita della città*, in *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 169 ss.; T.J. CORNELL, *The Beginnings of Rome*, London - New York, 1995, 114 ss.; inoltre, sulla natura 'etnica' delle tribù cfr. B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I, cit., 189 ss.; A. PIGANIOL, *Essai sur les origines de Rome*, Paris, 1917, 244 ss.; contro l'ipotesi etnica delle tribù (quali tre divisioni di un «medesimo comune»), ex *plurimis*, cfr. anzitutto F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 3 s. (che, inoltre, non crede che le prove archeologiche permettano di postulare un sinecismo); P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 566 ss. Anche il De Francisci (P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 566 ss.) parla di curie come di divisioni artificiali della popolazione con determinazione del numero in trenta in rapporto al numero delle tribù (secondo un nuovo ordinamento che avrebbe svolto, con Tarquinio Prisco, un ruolo capitale quale base per il reclutamento di un corpo di fanteria di tremila uomini accanto alla cavalleria ancora reclutata tribalmente): tuttavia esse non sarebbero da ricondurre, come vuole la tradizione storiografica, all'VIII secolo bensì alla fine del VI secolo, a seguito della fusione dei villaggi del *Septimontium* con la comunità collina (ossia, all'incirca, sotto Anco Marcio), e sarebbero una delle numerose novità conseguenti al sinecismo 'settimontiale-quirinale' (vale a dire: duplicazione dei *celeres*; aumento dei *patres*; introduzione di nuovi ordini religiosi); vero è, tuttavia, che lo studioso al contempo parla di organismi precivici quali embrioni delle curie storiche (P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 483 ss., 572 ss.). Si oppone, condivisibilmente, alla (non sempre coerentissima) ricostruzione di De Francisci, soprattutto quanto alla natura di 'consorterie gentilizie artificiali' delle curie, il Coli secondo cui le *co-viriae* non potevano né essere 'di anziani', ma di *vir*i (combattenti), né di natura solo aristocratica (così P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 484, nt. 350) in quanto Lelio Felice (Gell. 15.27.2) nella celebre definizione, ove fa riferimento a *genera*, non intende affatto, come già si è detto, *gentes* (U. COLI, *Le origini*, cit., 31). Contro le tesi dell'alta arcaicità delle tribù si sono schierati J. POU CET, *Recherches*, cit., 333, e, recentissimamente, F. VAN HAEPEREN, *Les curies dans l'organisation romuléenne de l'armée: une tradition aux variantes souvent méconnues*, in P.-A. DEPROOST - A. MEURANT (eds.), *Images d'origines. Origines d'une image*, Louvain-la-Neuve, 2004, 175 ss. con argomenti comunque degni di nota (che invertono i termini del rapporto tribù-curia e intendono le tribù, appunto, una costruzione logica più recente): da un lato, infatti, Livio (1.13.6-8; 1.36.2), Plutarco (Rom.

diffusa e, del pari, non era impiegabile il vocabolo (e il concetto di) 'servus'.

I quiriti, la detestatio sacrorum, il presunto processo dichiarativo di sacertà.

Ecco, dunque, il momento opportuno onde inserire la mia congettura circa la natura della *detestatio sacrorum*. Questa potrebbe concepirsi, infatti, come una pubblica proclamazione (*detestatio* come *declaratio cum testibus*) della 'lista' dei soggetti che avevano tenuto condotte lesive della divinità ed erano, perciò, tali

10.1), Paolo Diacono (48 Lindsay), Servio (*aen.* 11.603), Giovanni Lido-Paternus (*mag.* 1.9) delineerebbero un quadro di organizzazione militare solo curiale e non tribale; dall'altro, Varrone (*L.L.* 5.81, 89, 91; cfr. *Serv. aen.* 5.560; *Flor.* 1.1.15), Dionigi d'Alicarnasso (2.7.2-4) e Dione Cassio (*fragm.* 5.8 Boissevain) distinguerebbero tra tribù, curie, decurie (in virtù di una tradizione meno antica rispetto a quella liviana e, pertanto, anche meno fededegna: sulla datazione al I secolo a.C. della cd. Costituzione romulea contenuta in *Dion. Hal.* 2.7-29, cfr. E. GABBA, *Studi su Dionigi d'Alicarnasso*, I, *La costituzione di Romolo*, in *Athenaeum*, XXXVIII, 1968, 175 ss.; M. SORDI, *La 'Costituzione di Romolo' e le critiche di Dionigi di Alicarnasso alla Roma del suo tempo*, in *Pallas*, XXXIX, 1993, 111 ss.); aderisce a questa impostazione anche A. ZIOLKOWSKI, *Storia di Roma*, trad. it., Milano, 2000, 28, e ritiene - con un ragionare alquanto 'banalizzante' - che «il sistema di tre tribù, ciascuna composta di dieci curie, è una invenzione di qualche greco che soffriva di malattia sistematizzante». Ma anche a non voler seguire quest'ultima radicale scuola di pensiero - che si limita, invero, ad obliterare il rapporto tribù-curie, senza occuparsi della realtà pre-romulea, e che sottovaluta la testimonianza compatta delle fonti circa l'esistenza antichissima delle tribù genetiche: cfr. *Cic. rep.* 2.8.24; *Varr. L.L.* 5.55, 5.81, 5.89, 5.91; *Liv.* 10.6.7, 1.43.13; *Prop.* 4.1.31; *Dion. Hal.* 2.7.2; *Colum.* 5.1.7; *Plut. Rom.* 20.2; *Paul.-Fest.* voce *Lucereses et Luceres* (106 Lindsay), voce *Turma* (485 Lindsay); *Fest.* voce *Sex Vestae sacerdotes* (468 Lindsay), voce *Turmam* (484 Lindsay), voce *Navia* (168 Lindsay); *Zonar.* 7.8 - non può che trovare consenso, anche sulla base di ulteriori elementi storici, logici ed archeologici, il limpido e rigoroso argomentare del Carandini, quando, una volta postulata l'esistenza di un aggregato curiale proto-urbano, l'archeologo continua in questi termini: «se così non fosse, Romolo avrebbe dovuto creare il complesso delle 30 curie d'un colpo, senza alcuna preparazione proto-urbana, il che è difficile da concepire, dal momento che lo spazio riservato all'abitato, segnato dai limiti delle necropoli proto-urbane, prevede un insediamento di dimensione analoga a quella della Roma di Romolo, compreso nelle *fossae Quiritium*, e di quella di Servio Tullio, compreso nelle mura del secondo quarto del VI secolo a.C.» (A. CARANDINI, *Remo*, cit., 207); sulla preesistenza della curia alla realtà urbana si pronuncia, oltre al Carandini (e a G. PRUGNI, *'Quirites'*, cit., 138 s.), pure L. LABRUNA, voce *'Quirites'*, cit., 345; R.E.A. PALMER, *The Archaic Community*, cit., 67, 175, 282 (cfr., quanto ai rapporti tra curie e organizzazione militare, le notazioni originali di J. MARTÍNEZ-PINNA NIETO, *Los origines del ejército romano*, Madrid, 1981, 264 ss.). Contro il pensiero del Poucet e di Van Haepere (che, invero, si rifanno a E. BORMANN, *Die älteste Grundriss Roms*, in *Eranos Vindobonensis*, Wien, 1893, 352 ss.; B. NIESE, *Grundriss der römischen Geschichte*, München, 1910, 34; O. HIRSCHFELD, *Kleine*

da essere esclusi dalla *civitas (non liberi)* appartenendo oramai alla divinità (*sacri*). Proviamo a scendere nei particolari. In età monarchica il *rex*, in due *dies fissi*, il 24 Marzo e il 24 Maggio¹⁴⁶, *comitiabat* sicché, solo una volta terminata questa operazione, il *dies* da *nefastus* (N) diveniva *fastus* (F)¹⁴⁷: e il regio *comitiare*, già all'epoca di Verrio Flacco (se non già a quella di Varrone), era una operazione il cui rito, invero, la larva repubblicana del monarca, progressivamente sempre più esautorata anzitutto dal collegio pontificale¹⁴⁸ degli antichi poteri, aveva cessato di porre in essere già da tempo, se è vero che molti dubbi allora circondavano il senso primitivo dell'antica sigla calendariale denotativa dei due

Schriften, Berlin, 1913, 248), e pertanto, sulla necessità di connettere 'tribù primitive' a corpi dell'esercito (secondo uno schema tipico dell'Italia antica: cfr. U. COLI, *Il diritto pubblico degli Umbri e le tavole egubine*, Milano, 1958, 81; A. PROSDOCIMI, *L'umbro. Lingue e dialetti*, in *Popoli e civiltà dell'Italia antica*, VI, Roma, 1978, 625), invero, si è pronunciato pure, di recente, A. FRASCHETTI, *Romolo il fondatore*, Roma - Bari, 2002, 41 s. aggiungendosi ad una nutritissima massa di studiosi che crede - pur nella variegata gamma di argomenti spesi in tal senso - nell'esistenza delle tre tribù genetiche quali *partes civitatis* raggruppanti le trenta curie (cfr., con esaustiva bibliografia, G. VALDITARA, *Studi*, cit., 153, nt. 55 e 154, nt. 56), o meglio, che «il nucleo organizzativo principale», come risulta da Dionigi nella cd. Costituzione (2.7.2; ma v., altresì, *Cic. rep.* 2.8.14; *Plut. Rom.* 20.2), pur nella consapevolezza della presenza di notizie non vere, è «storicamente del tutto plausibile» (A. CARANDINI, *Remo*, cit., 15).

¹¹³ Gell. 7.12.1.

¹¹⁴ Gell. 15.27.1 ss. Cfr. O. LENEL, *'Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquie quae Iustiniani Digestis continentur'*, I, Lipsiae, 1889 [rist., Roma 2000, a cura di L. Capogrossi Colognesi], 557 nt. 1, il quale attribuisce detto pensiero non a Labeone, ma seppur prudentemente a Lelio Felice: «*Non constat, sed verisimile est, Laelium Felicem, cuius apud Gellium (fr. I) mentio fit, eundem Laelium esse, qui in digestis (fr. 2. 3) laudatur*».

¹¹⁵ Gell. 13.16.1 ss.

¹¹⁶ Superando lo scetticismo espresso da M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 126 (che mi ricorda il *non liquet* di F. BALDUINI, *'Commentarius de legibus XII Tabulis'*, in *'Tractatus Universi Iuris'*, Venetiis, 1584, 283 verso), dalla lettura congiunta di Gell. 15.27.1-3 e 13.16.1-3, mi pare agevole ricavare il complesso di dati nel testo sintetizzati: 1) i comizi calati sono la forma assembleare che prendono gli atti della *detestatio* e del *testamentum*; 2) i comizi calati sono il *genus* che ricomprende sia i comizi curiati che quelli centuriati; 3) nel periodo precedente alla introduzione serviana dell'ordinamento centuriato il *genus* dei *comitia calata* e la *species* dei *comitia curiata* si identificavano; 4) gli atti della *detestatio* e del *testamentum* non vengono posti in essere mediante la sequenza *rogatio - suffragium*. Da questo complesso di dati mi pare lecito inferire la erroneità delle seguenti tesi. Anzitutto la tesi maggioritaria (cfr. il prospetto di sintesi di C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, I, Roma, 1994, 295, nt. 16) di coloro che vedono la *detestatio sacrorum* (abbandono mediante una rinuncia solenne e pubblica dei *sacra* familiari) e la *adrogatio* come atti uniti da un collegamento negoziale (secondo l'ipotesi formulata da F.C. VON SAVIGNY, *Über die juristische Behandlung der sacra privata bei den Römern und über einige damit verwandte*

dies fissi testè rammentati, QRCF (soprattutto circa la decifrazione delle ultime due lettere, sebbene oggi sia pressochè certo che esse non facessero affatto riferimento a quella 'crisi annua della regalità', quale viene persuasivamente interpretata la festa del *Regifugium*, ma, appunto alla subordinazione del passaggio dalla fase *nefas* a quella *fas* al *comitiare* del re)¹⁴⁹. Ma cosa nasconde, *sub specie iuris*, l'atto monarchico del *comitiare*?

A mio modo di vedere, assai poco plausibile è che il verbo che qui ci occupa, con riguardo alla *lectio facillior* di Varr. *L.L.* 6.31, indicasse in origine la condotta da parte del *rex* consistente nel tenere un comizio per la celebrazione di un processo criminale

Gegenstände, in *ZGR*, II, 1815-1816, 362 ss., 401 ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, 41 s.; E. CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, I, Paris, 1891, 217; G. WISSOWA, *Religion und Kultur der Römer*², München, 1912, 401, nt. 8, 512; C.G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, Lund - Leipzig, 1912, 137, nt. 1; M. KASER, *Das altrömische 'ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 181, nt. 18, 342, nt. 39, 343, nt. 45; G. HUMBERT, voce '*detestatio sacrorum*', in C. DAREMBERG - E. SAGLIO (eds.) *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, II.1, Paris, 1892, 113; J. PAOLI, *Le testament 'calatis comitiis' et l'adrogation d'Octave* in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 541 s.; H. J. ROSE, voce '*Detestatio sacrorum*', in *Dizionario di antichità classiche di Oxford*, trad. it., Roma, 1981, 644 s.; F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 145; F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924, 181; M. LEMOSSE, *L'adoption d'Octave et ses rapports avec les règles traditionnelles du droit civil*, in *Studi in onore di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 387 ss., 487 ss.; J. BLEICKEN, *Oberpontifex und pontifikal Kollegium. Eine Studie zur römischen Sakralverfassung*, in *Hermes*, LXXXV, 1957, 352 ss. L. LANGE, *Römische Alterthümer*, I, 132 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica. Miti leggende realtà della vita religiosa romana con un'appendice sulla religione degli etruschi*, trad. it., Milano, 2001, 528; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*³, Torino, 1995, 61): tale tesi, infatti, del tutto arbitrariamente - non essendovi appigli nelle fonti - collega due istituti che nulla hanno in comune in quanto, almeno sotto il profilo procedimentale, siamo sicuri che per la *detestatio* il *comitium* avveniva per *habere contionem*, laddove per la *adrogatio* il sistema - sulla base di Gai 1.98-107 e Gell. 5.19.1-13 - era quello della *rogatio* e del *suffragium*, ossia il *calare* per *agere cum populo* (cfr., per una puntuale critica alla *communis opinio*, C. CASTELLO, *Il problema evolutivo della 'adrogatio'*, in *SDHI*, XXXIII, 1967, 150 (nonché in *Scritti scelti di diritto romano. 'Servi filii nuptiae'*, Genova, 2002, 322); F. DAVERIO, '*Sacrorum detestatio*', in *SDHI*, XLV, 1979, 544; C. FAYER, *La familia romana*, cit., 296, nt. 16; P. ARCÉS, *Note in tema di 'sacrorum detestatio'*, in *Diritto@Storia*, V, 2006, 1 ss.). Parimenti, mera supposizione è quella antica ricostruzione del Cuiacius che inseriva la *detestatio sacrorum* nella procedura della successione testamentaria, nel senso che l'ereditando espressamente, con il nostro atto, 'onerava' dei *sacra* il successore di tutti i beni o della maggior parte di essi: mera congettura in quanto il culto privato *ipso iure* si trasmetteva, come apprendiamo da Cic. *leg.* 2.20-22, 47-49, vuoi al successore vuoi al discendente senza alcun obbligo per il testatore di pronunciarsi in tal senso (J. CUIACIUS, *Opera*, VIII, Napoli, 1768, 520 s.; *contra*: C.G. SCHWARZ, '*De Sacrorum detestatione*', in *Diss. Sel.*, Erlangen, 1778, 309; B. KÜBLER, voce '*sacrorum detestatio*', in *RE*, I.A.2, Stuttgart, 1920, 1682; O.

(*sacrificio ius dicere-dicare ad Comitium*), come vuole il Santalucia sulla scorta del Blumenthal, o la perfezione di un rito sacrificale (*litare ad Comitium*), secondo l'interpretazione di Hirschfeld¹⁵⁰, ovvero che con esso, avendosi riguardo a Paul.-Fest. 311 (Lindsay), si dovesse intendere il semplice recarsi del *rex sacrorum* nel luogo deputato all'assemblea per comparirvi dopo la perfezione di un rito sacrificale (*rebus divinis perfectis venire in Comitium*): la prima interpretazione, infatti, porta inesorabilmente ad affermare che detto comizio con funzione di *iudicium populi* avesse luogo in tempo nefasto (il che mi pare giuridicamente e religiosamente insostenibile alla luce non tanto di Varr. L.L. 6.31, ma di Liv. 1.19.7 che attesta come i *dies comitiales* siano creazione più recente

KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 98; A. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, II, *La religione gentilizia e collegiale*, Milano 1903; J. ZABŁOCKI, *Appunti sulla 'sacrorum detestatio'*, in *BIDR*, XCII-XCIII, 1989-1990, 527). Del resto non pare seguibile neppure quell'orientamento che nega qualsivoglia connessione tra *detestatio* e *adrogatio* in quanto, si dice, la prima avviene nei comizi calati (come il *testamentum*), la seconda (Gell. 5.19.1; Gai 1.98 ss.) nei comizi curiati (cfr., in questo senso, F. DAVERIO, *'Sacrorum detestatio'*, cit., 531 ss. la cui ipotesi di lavoro, appunto è che «i calata comitia non rappresentano una generica connotazione dei comitia curiata, bensì evocano un'autonoma e tecnica modalità d'assemblea, caratterizzata dalla presenza e dalla sostanziale direzione dei pontefici»; parimenti, P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 243 ss., e H.A.A. DANZ, *Der sacrale Schutz in römischen Rechtsverkehr*, Jena, 1857, 90 ss., sono dell'avviso che *comitia calata* e *curiata* siano assemblee con natura, tecniche, *auspicia* differenti): abbiamo constatato, infatti, che non sussiste 'eterogeneità' tra i due tipi assembleari, bensì un rapporto di *species a genus*. Arbitrario, poi, sembra, quel tentativo di connettere per il tramite del *testamentum* la *detestatio* e la *adrogatio*: sostenere che la più antica forma di testamento comiziale si risolveva in una *adrogatio* e che testamento e *detestatio* sono connessi in Gell. 7.12.1 e 15.27.1, significa, da un lato, non tener conto del fatto che il testamento comiziale si aveva *in contione* mentre la *adrogatio* implicava una votazione (cfr. B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Poteri, 'negotia', 'actiones'*. *Atti del convegno di diritto romano [Copanello 12-15 maggio 1982]*, Napoli, 1986, 109 ss.), dall'altro, creare fantasiosamente connessioni sostanziali sulla base di mere constatazioni da cui altro non può ricavarsi che sia per il testamento sia per la *adrogatio* si ricorreva ai *calata comitia*. Cfr., per una identificazione dei due istituti: G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della 'hereditas' alla luce del regime dei 'sacra'*, in *SDHI*, XXI, 1955, 243; O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, in *Essays in Legal History*, Oxford, 1913, 120 ss.; G. SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930, 48; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², Milano, 1967, 16; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1968, 114. *Contra* si sono pronunciati B. PIZZORNO, *L'adozione privata*, Perugia, 1914, 30 ss e nt. 1; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, 15; U. COLI, *Il testamento*, cit., 40 ss.; M. AMELOTTI, *Le forme classiche del testamento romano*, Torino, 1966, 5 ss.; 29 ss.; *Id.*, *Il testamento romano*, Firenze, 1966, 456, n. 3. Più oscillante la posizione di M. KASER, *Das altrömisches 'ius'*, cit., 65, 148, 342; *Id.*, *Das römische Privatrecht*, I², 1971, 106, nt. 8, ora più propenso, ora meno propenso all'identificazione.

dell'originaria antitesi *dies fasti* e *dies nefasti*, imponendosi non come *tertium genus* ma come *species* dei *dies fasti*¹⁵¹); la seconda presuppone una arbitraria riconduzione alla sfera esclusivamente 'sacrale' dell'atto di *comitiare* (negata, peraltro, dalla lettura di Paolo Diacono)¹⁵²; la terza, infine, mi pare da rigettare in forza di argomenti - invincibili - di natura linguistica¹⁵³. Se del materiale varroniano è confluito in Verrio Flacco, fonte di Festo, e quindi nell'epitome del *de verborum significatione* di Paolo Diacono, è probabile che lo sciogliere il *comitiare* in *ius dicare ad Comitium* e *venire in Comitium*, invero, sia sintomatico non di una 'stratigrafia' storica, ma di una contestuale 'fotografia', scattata da due punti

¹¹⁷ Gai. 6 ad XII tab. D. 50.16.238.1 (citato da O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992, 89, nt. 236); Ulp. 50 ad ed. D. 50.16. 40 pr.; Paul. 53 ad ed. D. 50.16.39.2. La «maggiore attenzione all'area semantica coperta dal segno 'detestatio'» cui fa riferimneto Francesco Arces, certamente innegabile, onde attribuire al nostro sostantivo «un'ulteriore serie di significati», come quello di 'maledizione', testimoniato da Orazio ('*dira detestatio nulla expiatur victima*') e da Ovidio ('*Damnavit meritumque nihil pater eicit urbe / Hostilique caput prece detestatur euntis*'), o quello di 'disprezzo', attestato da Valerio Massimo ('*licet Athenae doctrina sua glorientur, uir tamen prudens Fabricii detestationem quam Epicuri malu<er>it praecepta*'; '*uno enim facto et illas in profundum praecipitavit et omnem nominis sui memoriam inexpiabili detestatione perfudit*'), da Cesare ('*Catuvolcus, rex dimidiae partis Eburonum, qui una cum Ambiorige consilium inierat, aetate iam confectus, cum laborem aut belli aut fugae ferre non posset, omnibus precibus detestatus Ambiorigem, qui eius consilii auctor fuisset, taxo, cuius magna in Gallia Germanisque copia est, se exanimavit*'), e da Seneca ('*inde ille affectus otium suum detestantium querentiumque nihil ipsos habere quod agant*'; '*Familia petit vestiarium victumque; tot ventres avidissimorum animalium tuendi sunt, emenda vestis et custodiendae rapacissimae manus et flentium detestantiumque ministeriis utendum*'), o ancora, quello di 'abiura', in Tertulliano (*test. anim.* 3: '*Satanan denique in omni et aspersione et detestatione pronuntias*') e Cipriano (*epist.* 30.8: '*acta poenitentia et professa suorum detestatione peccatorum*'), non mi pare affatto pertinente per chiarire il significato dell'espressione *detestatio sacrorum*: si tratta infatti di fonti - tutte atecniche - che, se classiche, sono poetiche o storicografiche, se tarde, di autori non pagani. Pensare ad una «pubblica esecrazione» o «pubblica maledizione in presenza di testimoni», di '*homines sacri*', attribuendo a *sacer* il senso di «maledetto», «esecrato», «empio», «criminale», «infame», «sbarrato a piede profano», «isolato», «scomunicato come indegno dalla sociale convivenza» e all'imperativo *Sacer esto* il significato di «sia bandito», «sia interdetto», peraltro mi sembra, da un lato, attribuire a *detestatio* un significato niente affatto plausibile in contesti giuridici, dall'altro, fraintendere totalmente la natura della sacertà, come fatta emergere negli studi più recenti: cfr., per ora, C. SANTI, *Alle radici del sacro. Lessico e formule di Roma antica*, 2004, Roma, 59 ss., 85 ss.

¹¹⁸ Il riferimento a Serv. *aen.* 2.156 speso dai sostenitori della tesi che vuole la *detestatio* una formalità sacrale complementare all'*adrogatio* è infondato: il riferimento di Servio all'*abdicatio* non è affatto relativo ai *sacra*, bensì alla *familia* o alla *gens*. L'abbandono dei *sacra*, del resto, sembra poi

prospettici differenti, della medesima realtà: quella di un *rex* ridotto *ad sacra* (*sacrificio / rebus divinis perfectis*) che ora si presenta nel Comizio dinanzi ai littori (*venit*), ora che presso questi ultimi (*ad Comitium*) annuncia solennemente il rito da compiersi (*ius dicat*): l'antico *comitiare* del *rex optimo iure* nei due giorni QRCF deve essere stato ben altro. Con riguardo alla monarchia primitiva, infatti, tale verbo denotava, a mio avviso, non tanto il 'tenere un comizio votante' (nello specifico con funzioni di giustizia criminale, ch , solo in astratto, tale atto sarebbe confacente alla regalit  latino-sabina ed etrusca), o il compiere atti di consacrazione, o (banalmente) il solo recarsi presso il *Comitium*

contrastare con il principio 'quasi-numano' (Cic. *leg.* 2.10.23) di perpetuit  dei *sacra* privati (individuali, famigliari, gentilizi: Fest. voce *publica sacra* [284 Lindsay]) di cui ben ci informa Cicerone (*leg.* 2.8.19, 2.9.22; 2.19.47-49): i riti privati in origine, lungi dal decadere con la morte del *pater*, quale sacerdote della religione domestica, sopravvivevano e venivano continuati *iure sanguinis* dai soli discendenti *sui*, a prescindere dal fatto che fossero o meno 'successori', e non dagli *extranei*, seppur 'successori' (cfr., sui *sacra* privati cfr. G. WISSOWA, *Religion*, cit., 336 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 372 s.; G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede'. *Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965, 74 ss.; J. MARQUARDT, *Le cult chez les Romains*, I, Paris, 1889, 145 ss.; A. GRENIER, *Les religions  trusque et romaine*, Paris, 1948, 85 ss.; N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna, 1939, 11 ss.; M. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, II, cit., 3 ss.; E.F. BRUCK, *Ueber römisches Recht im Rahmen der Kulturgeschichte*, Berlin, 1954, 25 ss.); indi la preoccupazione dei pontefici che in assenza di discendenti i riti di una famiglia andassero perduti si traduce in un provvedimento che sancisce il principio *sacra cum pecunia*. Anzitutto i pontefici, secondo una sequenza tripartita, introdussero il principio dell'accollo dei riti all'erede, successore universale; in secondo luogo, a chi, pur non essendo erede, *maiolem partem pecuniam capiat* (cfr., per la interpretazione estensiva di *capere*, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, Napoli 1932, 114; J. ZABLOCKI, *Appunti*, cit., 534, riconduce, erroneamente, alla sola *usucapio pro herede* il *capere*, senza tener conto del fatto che *capere*   verbo impiegato poco dopo anche con riguardo ai legati e che Cicerone distingue tra erede e chi *maiolem partem ceperit*: l'interpretazione dello studioso, pertanto, parrebbe non tener conto del fatto che l'*usucapio* ha verisimilmente ad oggetto tutta l'eredit  e non solo parte di essa); in terzo luogo a chi *quippiam ceperit, si maior pars pecuniae legata est*, ossia, evidentemente non a chi abbia acquistato la «maggior parte dei beni del defunto in virt  di legato» (J. ZABLOCKI, *Appunti*, cit., 534), bens  a chi, in concreto, abbia percepito anche solo una minima parte (*quippiam*) della *maior pars pecuniae legata* (criptico, sul punto, G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della 'hereditas'*, cit., 238 che reputa che vi sia un solo legatario della *maior pars*: ma il testo ciceroniano, invero, non dice questo, bens  che   stata legata la maggior parte dei beni, senza specificare il numero dei destinatari). Accanto a questa antica e tradizionale attivit  pontificale creativa di diritto, tesa a rendere effettivo il principio regio della perpetuit  del culto, Cicerone individua, tuttavia una deprecabile controtendenza di taluni pontefici che con Tiberio Coruncanio, nell'accollo a chi *tantundem capiat quantum omnes heredes*; infine, con Publio Muzio Scevola, l'accollo sussidiario anche al creditore e al debitore del *de cuius*. Per di pi , la *ratio* della *adrogatio* era diametralmente opposta a quella implicata

(atti che più si addicono al manicchino repubblicano del *rex*), ma l'atto politico-giuridico-sacrale consistente nel *kalare*¹⁵⁴ l'assemblea delle curie *in contione*. Più precisamente nelle date indicate con l'acronimo QRCF il *rex comitiabat*, ossia a mezzo di araldo ordinava la formale convocazione dei *comitia* con mera funzione di 'testimonianza' (*testamentum - detestatio sacrorum*), previa perfezione di un non identificabile rito in onore agli dei (come, seppur secondo altra sequenza, abbiamo in Serv. *aen.* 1.656; Macr. *Sat.* 1.15.10; Liv. 1.8.1): solo intendendo in questo modo l'attività dell'originario *rex* (e non del re dei sacrifici) si superano le altrimenti insuperabili aporie sia giuridico-alendariali sia

nella teoria del nesso *detestatio-adrogatio*: non annichilire i *sacra* dell'arrogato, bensì «perpetuare una gente che si spegnesse e con essa i *sacra*» (M. DE MARCHI, *Il culto privato di Roma antica*, II, cit., 3; F. DAVERIO, '*Sacrorum detestatio*', cit., 542 s.; M. CAREDDU, *La 'sacrorum detestatio' nel diritto romano*, in *Studi in onore di C. Fadda*, I, Napoli, 1906, 393; C. CASTELLO, *Il problema evolutivo*, cit., 141). Se dunque, in Roma, è pacifico che si sia stabilito, mediante l'intervento della giurisprudenza pontificale, un nesso tra oggetto della successione universale (o addirittura particolare) *mortis causa* e *sacra* (*sacra cum pecunia*), cosa impedisce di ritenere che pure una successione universale *inter vivos*, quale era difatti la *adrogatio*, implicasse un trasferimento (cfr. Gai 3.83) di tutti i rapporti non personalissimi di cui il *pater adrogandus* fosse titolare (quale *dominus*, quale *creditor*, quale *sacerdos*), e non un loro selettivo esaurimento con la *capitis deminutio* (che parificherebbe, appunto, palesemente contro il principio *sacra perpetua sunt*, i *sacra*, quasi debiti *erga deos*, ai debiti 'umani' dell'arrogando, non protetti dal principio di perpetuità e destinati, di regola, ad estinguersi come apprendiamo da Gai 3.84)? Sui *decreta* e *responsa* dei pontefici (*decreta*: Cic. *div.* 2.35; Cic. *Vat.* 20; Cic. *har. resp.* 6.12; Liv. 27.37.4; 27.37.7; 31.9.8; 32.1.9; 34.45.8; 39.22.4-5; 40.45.2; 4.7.3; 45.12.10; 21.1.15-19; 41.21.10-11; 31.8.2-3; Fest. voce [152 Lindsay]. ; *Responsa* in Cic. *Dom.* 39.40; Liv. 5.23.8-10; 5.25.7; 36.3.7-12; 41.18.8), cfr. G.B. PIGHI, *La religione romana*, Torino, 1967, 42; F. SINI, *Libri e commentarii nella tradizione documentaria dei grandi collegi sacerdotali romani*, in *Ius Antiquum-Drevnee Pravo*, V, 1999, 100 s. e nt. 105; P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, I. Bis auf die Catonen*, Berlin, 1888, 29 ss.; E. DE RUGGIERO, voce *Decretum*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, II.2, Roma, 1910, 1497 ss.; G. WISSOWA, *Religion*, cit., 541 s., 527 ss., 551; G. MANCUSO, *Studi sul 'decretum' nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA*, XL, 1988, 78 ss. In secondo luogo, non si può parlare di sinonimo di *detestatio sacrorum* con riguardo alla *alienatio sacrorum* cui fa riferimento Cicerone in Cic. *leg.* 3.20.48, e in Cic. *orat.* 42.144, giacché qui l'alienare palesemente indica un costume non conforme al diritto, laddove la *detestatio* è senza ombra di dubbio un istituto della *civitas* (cfr., nel senso tradizionale, F.C. VON SAVIGNY, *Über die juristische Behandlung*, cit., 402; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., ; B. KÜBLER, voce '*sacrorum detestatio*', cit., 1683; contra: F. DAVERIO, '*Sacrorum detestatio*', cit., 546; J. ZABŁOCKI, *Appunti*, cit., 533). Come Cicerone – abbiamo *supra* visto – si esprime duramente verso quella dottrina pontificale, che un tempo attenta alla continuazione dei culti privati, era andata ad elaborare tecniche capziose per liberare la pecunia dall'onere della perpetuazione dei *sacra*, così nella *pro Murena*, rammentando la volontà dei *maiores* che i culti

glottologiche che inevitabilmente sono implicate nelle interpretazioni testè avversate (ossia il *monstrum* di una assemblea nefasta e l'assurdo dell'attribuzione a *comitiare* di un primitivo senso o di verbo di moto o di verbo esclusivo del lessico religioso).

Dunque, detto questo circa il kalare-comitiare del re e riprendendo il discorso intorno alla *detestatio* dei sacri, essa effettuata '*comitiis curiatis calatis*' (nonché, verisimilmente, '*pro conlegio pontificum*') si risolveva nella regia proclamazione alle curie *in contione* di una lista che, da un lato, con efficacia non costitutiva della sacertà, ma di sola 'pubblicità notizia', avrebbe

domestici e gentili non fossero abbandonati, egli esprime tutto il suo disappunto verso la pratica ingegnosa, ma non decorosa, di *sacra interire* (Cic. *Mur.* 12.27). *Alienare, abdicare, interire i sacra*, insomma, sono attività 'in frode alla tradizione' degli antichi, deprecabili in quanto contrarie al *mos maiorum*: e, come mi pare chiaro, nulla hanno a che vedere con l'attività comiziale di *sacra detestare* (come peraltro mi pare corretto inferire dagli eloquenti silenzi di Cicerone nella orazione de domo sua allorché presenta, cavillosamente, tutti i possibili vizi della *transitio ad plebem* di Clodio: ma non un solo cenno, in positivo o in negativo, viene fatto alla *detestatio sacrorum*: Sull'episodio, da ultimo, vd. B. BERG, *Cicero's Palatine home and Clodius' shrine of liberty: alternative emblems of the Republic in Cicero's De domo sua*, in C. DEROUX (ed.), *Studies in Latin Literature and Roman History*, VIII, Bruxelles, 1997, 122 ss.

¹¹⁹ Secondo il Danz, infatti, si deve ritenere la *detestatio* un 'giuramento' dinanzi all'assemblea calata, simile al rituale del giuramento sannitico pre-bellico che ci viene descritto da Liv. 10.38.9-12, 10.41.3; detta interpretazione presuppone, da un lato, un'altamente congetturale equazione generale tra i verbi '*detestare*' ed '*exsecrare*', dall'altro intende - secondo una logica non bene chiara - il riferimento ai '*sacra*' come l'oggetto dell'automaledizione per l'eventualità in cui il giurante non mantenga la promessa (giuramento esecutorio-promissorio). Non, dunque, la derelizione dei *sacra* da parte dell'*adrogandus*, ma il giuramento che, al pari dei *militēs* Sanniti in procinto di andare in guerra, il *civis* prestava dinanzi ai *calata comitia*, sede istituzionalmente destinata alla *sacrorum detestatio*, secondo Gell. 15.27.1-3 (H.A.A. DANZ, *Der sacrale Schutz*, cit., 90 ss.; *ib.*, *Das 'sacramentum' und die 'lex Papiria'*, in *ZSS*, VI, 1867, 351 s.): prescindendo dalla ovvia critica della arbitrarietà della supposta equivalenza tra il segno *detestatio* ed *execratio* (almeno in contesti giuridici), e del valore morfologico e semantico del genitivo *sacrorum*, seguendo il Calore, invero, va puntualizzato che, sebbene *execratio* sia talora impiegato come sinonimo di *iusiurandum* (Sall. *Cat.* 22.2; Cic. *Sest.* 15; Serv. *aen.* 2.154), nella generalità dei casi essa «costituisce una parte molto importante ma pur sempre una parte di un tutto, articolato in più elementi, a volte esplicitati altre volte sottintesi: la chiamata a testimone della divinità (*audire* + l'essere divino; *obtestor deum*; *testor deos*; *esto testis*; *testem facio*; ecc.); l'affermazione o la promessa giurata; la richiesta al dio di aiuto e prosperità e, poi, l'invocazione dell'automaledizione» (A. CALORE, '*Per Iovem lapidem*'. *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, 49, nt. 45): donde l'ulteriore imprecisione della congettura di Danz.

indicato al popolo intero i soggetti liberamente uccidibili (sempre che questi ultimi, ovviamente, non avessero già lasciato materialmente Roma o fossero stati già uccisi), dall'altro avrebbe evitato a monte all'esecutore materiale della volontà divina il rischio di subire il processo, attivabile *ex officio* dagli organi della *civitas*, per l'omicidio di un *homo liber*, ovvero, in estrema ipotesi, avrebbe fornito al soggetto erroneamente accusato una prova invincibile, sì che questi potesse essere assolto per aver commesso un fatto non integrante gli estremi dell'*homicidium* (mancando appunto nell'ucciso lo *status* di *liber*)¹⁵⁵.

¹²⁰ M. CAREDDU, *La 'sacrorum detestatio'*, cit., 391 ss., 404, 406, secondo una ricostruzione ritenuta «geniale» dal Daverio (F. DAVERIO, *'Sacrorum detestatio'*, cit., 544), presa in considerazione dal Kaser e dal Catalano (M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., 342; P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 243 e nt. 119), nonché valorizzata dallo Zablocki, dalla Fayer e dall'Arces (J. ZABŁOCKI, *Appunti*, cit., 536 ss.; C. FAYER, *La familia romana*, cit., 296, nt. 16; P. ARCES, *Note*, cit., § 3), un avolta ricondotto il segno *detestare* al suo esatto (o comunque precipuo) significato giuridico, ha avanzato l'innovativa ipotesi secondo cui la *detestatio sacrorum* fosse stata la fondazione dei *sacra*, ossia «quell'atto solenne col quale il cittadino romano istituiva i sacrificii, le cerimonie e le feste, con cui intendeva che fossero onorati ed avessero culto perpetuo i trapassati, ossia i Lari della propria famiglia, atto solenne che doveva compiersi alla presenza del popolo, con l'intervento dei Pontefici»: anche qui non si tratta più un ripudio dei culti, bensì un una dichiarazione costitutiva di nuovi culti privati, corroborata da un 'giuramento imprecatorio', secondo una congettura, a detta di Daverio, «attendibile» (F. DAVERIO, *'Sacrorum detestatio'*, cit., 545, nt. 24, che cita il giuramento introdotto dai pontefici in sede di *adrogatio* di cui a Gell. 15.19, nonché Fest. voce *obtestatio* [301 Lindsay] e Liv. 10.38). E in questa ricostruzione il collegio dei pontefici, competente a dirigere tutto il culto privato e pubblico, avrebbe giocato, secondo il Careddu e il Daverio, un ruolo fondamentale, in quanto teso non semplicemente a 'sorvegliare su culti già esistenti', ma a *suscipere* i culti privati, consistenti in feste, cerimonie, sacrifici (ossia, mediante decreto seguente la *detestatio sacrorum*, 'fondare l'esistenza, per il diritto romano, dei *sacra*', ora *suscepta istituto pontificum*): cfr. Fest. voce *sacer mons* (424 Lindsay): *Gallus Aelius ait sacrum esse, quocumque modo atque istituto civitatis consecratum sit, sive aedis, sive ara, sive signum, sive locus, sive pecunia, sive quid aliud, quod dis dedicatum atque consecratum sit: quod autem privati[s] suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices Romanos non existimare sacrum. At si qua sacra privata suscepta sunt, quae ex istituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tamquam sacrificium; ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse*; Cic. *leg.* 2.30; Liv. 5.52.4), a seguito della dichiarazione 'giurata' del privato dinanzi ai comizi, in funzione di testimoni, di provvedere perpetuamente alla cura dei *sacra* di cui si chiedeva l'istituzionalizzazione. Ma anche questa tesi pare ambiguamente formulata: da un lato, si afferma che la *detestatio sacrorum* è «fondazione» di nuovi culti (il che, invero, non trova alcun appiglio nelle fonti giuridiche che non attribuiscono mai valore costitutivo all'attività del *detestare*: Gai. 6 *ad XII tab.* D. 50.16.238.1; Ulp. 50 *ad ed.* D. 50.16. 40 pr.; Paul. 53 *ad ed.* D. 50.16.39.2), e al contempo si ritiene che essa è

Alla luce di ciò, non è neppure necessario postulare – a mio modo di vedere – l’operatività del celeberrimo precetto decemvirale *de capite civis* (da legarsi indissolubilmente all’antico *ius provocationis*)¹⁵⁶ a favore dell’uomo che avesse posto in essere un contegno punito con la sacertà: anche ad avviso di Luigi Garofalo (che pur crede nella automaticità dello *status* di *sacertas*), infatti, «in progresso di tempo, verosimilmente in dipendenza del nuovo quadro normativo in materia di repressione criminale introdotto dalle XII tavole, l’uccisore dell’*homo sacer* avrebbe ... evitato di rispondere del reato ... imputabile, proprio in base alle XII tavole, a chi procurasse la morte dell’*homo indemnatus* solo se

atto prodromico al decreto pontificale istitutivo; dall’altra non si tiene conto della assoluta carenza di qualsivoglia riferimento ad una procedura pubblica comiziale, in Fest. voce *sacer mons* (414 Lindsay), contestuale o prodromica all’attività di *suscipere sacra* istituto *pontificum*: se, infatti, l’esclusiva competenza pontificale sui *sacra* viene chiaramente affermata da Livio nel celeberrimo resoconto della creazione numana del collegio (Liv. 1.20.5-7: [scilicet: Numa rex] *pontificem deinde Numam Marcium Marci filium ex patribus legit eique sacra omnia exscripta exsignataque attribuit, quibus hostiis, quibus diebus, ad quae templa sacra fierent, atque unde in eos sumptus pecunia erogaretur. 6. Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebes veniret, ne quid divini iuris neglegendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur; 7. nec caelestes modo caerimonias, sed iusta quoque funebria placandosque manes ut idem pontifex edoceret, quaeque prodigia fulminibus aliove quo visu missa susciperentur atque curarentur. Ad ea elicienda ex mentibus divinis Iovi Elicio aram in Aventino dicavit, deumque consuluit auguriis quae suspicienda essent*) e menzionata da altre numerosissime fonti che descrivono i pontefici stessi come custodi delle credenze e delle cerimonie sacre (Cic. *nat. deor.* 1.122: *sacris pontifices; har. resp.* 14: *ad pontifices reicietur, quorum auctoritati, fidei, prudentiae maiores nostri sacra religionesque et privatas et publicas commendarunt; dom.* 41: *sacrorum iure pontifices; Lucan. bell. civ.* 1.595: *pontifices, sacris quibus est permessa potestas; Val. Max.* 1.1.1: *Maiores stas solemnnesque caerimonias pontificum scientia; Cic., de nat. deor.* 3.5; *de har. resp.* 18; Fest. voce *Municipalia sacra*, 146 L.: *Municipalia sacra vocantur, quae ab initio habuerunt ante civitatem Romanam acceptam; quae observare eos voluerunt pontifices, et eo more facere, quo adsuessent antiquitus*), non appare mai il richiamo seppur implicito ad una necessaria seduta pubblica per l’istituzionalizzazione di nuovi culti. Sul passo liviano e sulla funzione dei pontefici quali custodi dei riti (entro un sistema che, efficacemente, lo Scheid ha definito come «orthopraxie» e come «une religion de l’écrit» cfr. J. SCHEID, *La parole des dieux. L’originalité du dialogue des Romains avec leurs dieux*, in *OPVS*, VI-VIII, 1987-1989, 129; Id., *Les archives de la piété. Réflexions sur les livres sacerdotaux*, in *La mémoire perdue. A la recherche des archives oubliées, publiques et privées, de la Rome antique*, Paris, 1994, 173; Id., *Les espaces cultuels et leur interprétation*, in *Klio*, LXXII, 1995, 424), vd. le penetranti notazioni di F. SINI, ‘*Sua cuique civitati religio*’. *Religione e diritto pubblico in Roma antica*, Torino, 2001, 177 ss. e di C. RINOLFI, *Liv. 1.20.5-7: pontefici, ‘sacra’, ‘ius sacrum’*, in *Diritto@Storia*, IV, 2005 (che non riconnettono mai l’attività pontificale di garanti del rispetto dei riti tradizionali cittadini e peregrini a procedimenti pubblici: così, esplicitamente, F.C. VON SAVIGNY,

avesse agito in esito a una pronuncia dichiarativa della sacertà emessa dal popolo radunato nel comizio centuriato, organo cittadino divenuto, ancora grazie alle XII tavole, titolare in via esclusiva della prerogativa di decidere *de capite civis*¹⁵⁷.

Se, come apprendiamo da numerosi riferimenti di Cicerone (secondo la loro usuale interpretazione)¹⁵⁸, è innegabile che l'irrogazione della pena capitale fosse, nella volontà dei decemviri, sempre subordinata alla pronuncia del *comitiatus maximus* (secondo una logica di 'compromesso' che veniva incontro, da un lato, alla plebe, la quale preferiva ai comizi curiati quelli centuriati

Über die juristische Behandlung, cit., 401; C.G. BERGMAN, *Beiträge zum römischen Adoptionsrecht*, 171, nt. 1, sulla scorta di C.G. SCHWARZ, 'De Sacrorum detestatione', cit., 309 ss.). In generale, sul collegio pontificale: A. BOUCHÉ-LECLERCO, *Les pontifes dans l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome*, Paris, 1871, *passim*; *ib.*, voce *Pontifices*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, IV.1, Paris, 1900, 567 ss.; J. SZEMLER, voce *Pontifex*, in *RE*, Supplementband, XV, München, 1978, 331 ss.; R. SEGUIN, *Remarques sur les origines des pontifes romains: Pontifex Maximus et Rex Sacrorum*, in *Hommages à H. Le Bonniec. Res Sacrae*, Bruxelles, 1988, 405 ss.; J. MARQUARDT, *Le culte chez les Romains I*, cit., 281 ss.; G. WISSOWA, *Religion*, cit., 501 ss.; N. TURCHI, *La religione*, cit., 40 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, 400 ss., 195 ss.; M. LE GLAY, *La religion romaine*, Paris, 1971, 142 ss.; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 116 ss.; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 19 ss.; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea, I, Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997; F. WIEACKER, 'Pontifex iurisconsultis'. *Zur Hinterlassenschaft der römischen Pontifikaljurisprudenz*, in *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles, 1982, 213 ss.; F. CANCELLI, *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma, 1996, *passim*; S. TONDO, *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in D. MANTOVANI (ed.), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993*, Torino 1996, 1 ss.; quanto ai documenti e gli archivi dei collegi sacerdotali, cfr. R. BESNIER, *Les archives privées, publiques et religieuses à Rome au temps de rois*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 1 ss.; F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica, I, Libri e commentarii*, Sassari, 1993, *passim*; *ib.*, 'Sua cuique civitati religio', cit., 75 ss. Da ultimo, non può non notarsi come la tesi in oggetto venga ulteriormente indebolita se si accoglie il pensiero di C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 85 s., la quale reputa che Elio Gallo in *Fest.* voce *sacer mons* (414 Lindsay): «intenda riferirsi solo all'universo delle *res* (cui andrebbero attribuiti i due momenti della *consecratio* e della *dedicatio*)»

¹²¹ *Homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur, 'si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit'. Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet.* Cfr., altresì, *Macr. sat.* 3.7.5, *Dion. Hal.* 2.10.3 e 2.74.3, *Cic. Tull.* 20.47, *Liv.* 2.8.2 e *Plut. Publ.* 12.1-2. Cfr. L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, L, 1990, 235 (nonché in *ib.*, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 32, e in *ib.*, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 41:

come testimonia Cic. *Sest.* 30.65¹⁵⁹, dall'altro, al patriziato che frenava – *non plebe invita* – i processi, di natura rivoluzionaria,¹⁶⁰ attivati dai tribuni¹⁶¹), ciò a mio avviso non significa affatto – avendosi riguardo alla complementare disposizione che vieta, secondo il dettato di Salviano, di *interficere* un qualunque *homo* – che l'essere umano esecutore dei piani della divinità dovesse attendere, onde dar morte al *sacer* (violatore di una *lex regia* ovvero vulneratore della *sacrosanctitas* tribunizia, fondamento giuridico-religioso del potere dei capi plebei¹⁶²) un accertamento giudiziale dell'assemblea serviana. Cicerone, infatti, univocamente subordina allo *status civitatis Romanae* la garanzia del 'previo

dal quale ultimo si citerà nel prosieguo).

¹²² Cfr., per una prima approssimazione del senso di *nefas*, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁴, Napoli, 1980 93 s. («*nefas* significò ... ciò che non fosse possibile fare senza incorrere nella reazione della natura ... e nell'ira degli dei. *Fas* vi stette a significare ciò che gli dei lasciassero, per conseguenza, agli uomini di fare o non fare, a loro scelta»; «nei tempi più avanzati di Roma, *fas* e *nefas* furono valori tuttora operanti, ma non sembra siano stati produttivi di nuove determinazioni, sia nel senso del divieto che in quello della permissione. Infatti, se nelle fonti dei tempi storici gli accenni alla piena vigenza di liceità o illiceità derivanti dal *fas/nefas* non mancano, tuttavia non accade mai in esse di incontrare riferimenti o accenni a rivelazioni contemporanee, o anche solo recenti, relative a nuovi comportamenti che fossero *fas* o *nefas*. Tutto ciò, se viene aggiunto al rilievo che l'indeclinabilità di *fas/nefas* è segno di una rigidità primordiale e mai più evolutasi di questa tavola di valori, induce a ritenere che il sistema valutativo e attributivo del *fas/nefas* dovette formarsi in età antichissima, forse preistorica. E porta altresì a concludere che quel sistema, pur rimanendo valido per ciò che aveva già prodotto, cessò di prosperare in epoca alquanto risalente, evidentemente perché progressivamente sostituito da un nuovo e diverso sistema di valutazione dei comportamenti umani»); P. CIPRIANO, *'Fas' e 'nefas'*, Roma, 1978, 35 ss., che con dovizia di argomentazioni riesce nell'intento di contrastare la tesi di C.A. PEETERS, *'Fas' en 'nefas'*, Utrecht, *passim*, secondo cui *fas* (anche predicativamente impiegato) sarebbe 'la norma' e non 'la liceità. Vd., altresì, F. SINI, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. stor. e giur. sardo di Sassari*, IV, 1997, 51 s., secondo cui «il concetto di *nefas* rimanda a valori che l'odierna dogmatica giuridica definisce imperativi – il *nefas* è inteso sempre in senso obbligatorio – connessi con le sfere del 'vietato' e del 'dovere'» Per vero, il termine *fas*, dall'incerta etimologia, «solo nella fase successiva al processo di laicizzazione del diritto»; nonché A. CALORE, *'Per lovem lapidem.*, cit., 182 s. nt. 12, il quale rimarca, sostanzialmente, come in principio *fas* dovesse far riferimento alla conformità della condotta umana a un «ordine cosmico», formalmente come *ne* anteposto a *fas* valga «come negazione di frase» e non già come prefisso negativo del solo *fas*.

¹²³ Nella comunità romana arcaica la *sapientia* teo-giuridica sacerdotale, rivolgendo anzitutto la propria attenzione alla regolamentazione dei rapporti verticali tra uomini e dèi, era tesa a instaurare, preservare e conservare la cd. *pax deorum*, ossia «una favorevole situazione di benevolenza e di amicizia da parte degli dèi». La cui conservazione «richiedeva una perfetta conoscenza da parte dei sacerdoti di tutto ciò che potesse turbarla; degli atti che mai dovevano essere compiuti nel tempo e nello spazio; delle parole che mai dovevano essere

processo popolare culminante nella sentenza di condanna'. In altre parole l'oratore afferma, pressoché senza eccezioni, che il codice decemvirale, non in una sola disposizione, ma addirittura attraverso *complures leges* (Cic. *rep.* 2.31.54) – le quali, come condivisibilmente arguisce Luigi Garofalo, «avrebbero confermato e al contempo innovato la disciplina dettata dalla *lex Valeria de provocatione* del 509 a.C.»¹⁶³ – avrebbe statuito quanto segue: a) che nessun *civis Romanus*, patrizio o plebeo che fosse stato, avrebbe potuto esser messo a morte da alcuno (magistrato, tribuno, cittadino); b) che *iniussu populi*¹⁶⁴, ossia in assenza della pronuncia popolare di condanna del comizio centuriato, non

pronunciate» (F. SINI, *Diritto e 'pax deorum' in Roma antica*, in *Diritto @ Storia*, V, 2006. Per la *pax deorum*, cfr. H. FUCHS, *Augustinus und der antike Friedengedanke. Untersuchungen zum neunzehnten Buch der Civitas Dei*, Berlin, 1926, 186 ss.; P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in *SDHI*, XIX, 1953, 49 ss. (anche in *Id.*, *Scritti di diritto romano*, I, Padova, 1985, 226 ss.; J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it., Torino, 1992 59 ss.; M. SORDI, *'Pax deorum' e libertà religiosa nella storia di Roma*, in *La pace nel mondo antico*, Milano, 1985, 146 ss.; E. MONTANARI, *Il concetto originario di 'pax' e la 'pax deorum'*, in P. CATALANO - P. SINISCALCO (eds.), *Concezioni della pace (Seminario 21 aprile 1988)*, Roma, 2006, 39 ss. J. RIES, *Il sacro, fondamento della religione romana*, in *L'uomo e il sacro nella storia dell'umanità*, Milano, 2007, 136 s.; C. SANTI, *'Sacra facere'. Aspetti della prassi ritualistica divinatoria nel mondo romano*, Roma, 2008, *passim*. Vd., altresì, R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 173 s., osserva che «la *pax deorum* ... deriva dal rispetto di regole giuridico-religiose comuni a soggetti divini e umani e, in qualche modo, sovraordinate rispetto agli stessi dei»; e F. ZUCCOTTI, *In tema di sacerità*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 442, sottolinea come essa fosse considerata comunque pregiudicata, seppur più lievemente, anche da quelle condotte che, ai fini del suo ripristino, esigevano «misure purificatorie minori, quali ad esempio l'ariete sacrificato in caso di omicidio involontario».

¹²⁴ R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 1996, 15 s.: il termine tecnico dell'esecuzione sacrificale del reo che dava luogo a *immolatio* – in quanto si soleva cospargere la vittima di *mola salsa* prima di ucciderla –, doveva essere *supplicium*, esprimente «il valore del sacrificio del colpevole come *placatio* della divinità offesa».

¹²⁵ D. SABBATUCCI, *Il peccato 'cosmico'*, in *Le dèlit religieux*, Roma, 1981, 173 ss. Sulla unità del sistema uomini-dei, cfr., da ultimi, M. MORANI, *Lat. 'sacer' e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in *Aevum*, LV, 1981, 30 ss.; v. A. VALVO, *L'incontro uomo-dio fra libertà e diritto a Roma*, in *Humanitas*, LVIII.3, 2003, 379; F. ZUCCOTTI, *La 'sanctio legis' e i limiti posti dallo 'ius sacrum' al potere legislativo dei comizi*, in *Philía. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2924; F. SINI, *Religione e poteri del popolo in Roma repubblicana*, in *Diritto@Storia*, VI, 2007, 5 (che, a mente di Cic. *leg.* 1.7.23, ricorda che «gli dei e gli uomini appartengono alla medesima *societas*, alla medesima *civitas* e ... la loro associazione riposa sulla comunanza della legge»); F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino, 2008, 2.

¹²⁶ Per una rassegna delle varie fattispecie che secondo le norme dell'antico 'sistema giuridico-religioso' (P. CATALANO: *Linee del sistema*

sarebbe stato lecito *de capite civis Romani rogari* (o *ferri* o *statui*) con esclusione della competenza di ogni altra assemblea (comizio curiato, concilio tributo: Liv. 2.35.3; Dion. Hal. 7.30.3-4, 7.34.3, 10.34.4); c) che, contro gli eventuali abusi magistratuali (se non anche tribunizi¹⁶⁵, come parrebbe congetturabile se non altro per ragioni di armonizzazione), il *civis* era ammesso a *provocare* al *maximus comitiatus*.

Ma, a ben guardare, l'*homo sacer* non pare affatto destinatario di tale complesso di garanzie, in quanto egli non è più né *liber* né *civis Romanus*, *ipso iure* dal momento stesso in cui ha

sovrannazionale romano, I, Torino, 1965 30 ss.) integravano gli estremi della sacertà, cfr. L. GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., 13 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano, 1991, 290 ss.; EAD., *La sacertà nel sistema originario delle pene. Considerazioni su una recente ipotesi*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris, 1998, 56 ss.; B. ALBANESE, 'Sacer esto', in *BIDR*, XXX, 1988, 146 ss.; R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 187 ss.; C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, 14 ss.; C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 66 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008,

¹²⁷ Non concordo pienamente, tuttavia, con R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 66 ss. secondo cui l'idea della 'separazione' sarebbe quella originariamente sottesa all'aggettivo *sacer*, idea idonea a spiegare «anche le utilizzazioni negative, dispregiative di *sacer*» (cfr. Fest. voce *Sacer mons* [424 Lindsay]: ... *ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet*); aderire a ciò significa implicitamente rifarsi a W.W. FOWLER, *The Original Meaning of the Word 'Sacer'*, in *JRS*, I, 1911, secondo cui «the Word (*sacer*) may have meant simply *taboo*, i.e. removed out of the region of the *profanum*, without any special reference to a deity, but holy or accursed, according to circumstances», e quindi ammettere l'ambivalenza del *sacer* cfr., altresì. F. ZUCCOTTI, *In tema*, cit., 446 s. L'idea della separazione emergerebbe anche dalla eversiva metodologia etimologica di G. SEMERARO, *Le origini della cultura europea*, II. *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee*, 2. *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 2002, 454. K. ABEL, voce *Sacer*, in *Kleine Pauly*, München, 1964 ss. («*Sacer*, der Gottheit gehöriger zerfallen; dem profanen Gebrauch entzogen»).

¹²⁸ L. GAROFALO, *L'«homo liber»*, cit.,

¹²⁹ P. CATALANO, *Aspetti spaziali*, cit., 443.

¹³⁰ Lecita, ovviamente, con riferimento al gruppo sociale sulla base delle cui previsioni l'*homo* era divenuto *sacer*, non sempre coincidente con l'intera *civitas*: e invero la plebe, fino a far tempo dalla legge Valeria Orazia *de tribunicia potestate* del 449 a.C., faceva valere sul piano dell'effettività, non certo dello stretto diritto, quanto aveva statuito nel 494 a.C. in ordine alla sacertà di coloro che avessero recato offesa ai tribuni.

¹³¹ Cfr. J. RÜPKE, *La religione dei Romani*, trad. it., Torino, 2004, 153 ss., e in particolare 165 ss. Merita qui ricordare che secondo F. SINI, *Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano: pax deorum, tempo degli Dèi, sacrifici*, in *Diritto @ Storia*, I, 2002, 7, «teologia e *ius divinum*» avrebbero mostrato «nei confronti del sacrificio un atteggiamento bivalente»: e questo perché «i sacerdoti

infranto, con la sua condotta, la *pax deorum*¹⁶⁶: quindi, il divieto esplicito (rivolto non più solo ai consoli, come nella *lex Valeria de provocatione*, ma a *magistratus, tribuni, cives*)¹⁶⁷ di *interficere* il *civis Romanus*, divieto implicato direttamente dalla garanzia secondo cui '*de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui*' (Cic. *rep.* 2.36.61), a mio avviso, significherebbe (atteso l'espreso richiamo alla cittadinanza romana e, quindi, alla libertà), argomentandosi a *contrariis*, liceità per chiunque di *interficere hominem sacrum*, essendo ovviamente consentito alla divinità di '*de capite sacri sine comitiis centuriatis statuere*', ossia di porre fine alla vita di un 'proprio' essere (oggetto di una «*reductio ad*

romani, da un lato, ritenevano che le azioni sacrificali costituissero i riti più idonei per attrarre la benevolenza divina sulle vicende umane, volgendo in tal modo a beneficio degli uomini l'immensa potenza degli Dèi; d'altro lato, consideravano i sacrifici indispensabili per la sopravvivenza delle stesse divinità, le quali diventavano tanto più potenti, quanto più numerose erano le vittime immolate sui loro altari». E di siffatta concezione romana del sacrificio costituirebbe per l'autore una prova incontrovertibile «l'uso linguistico corrente del verbo *mactare*». E invero, come insegnano i linguisti, «tale verbo, muovendo dal suo significato originario di 'accrescere', 'fare più grande' (deriva infatti dalla stessa radice di *magis*), ha finito per acquisire il senso prevalente di 'sacrificare', 'immolare'». In ogni caso, prosegue lo studioso, «nell'azione rituale del sacrificio, percepito come vero e proprio nutrimento degli Dèi, si perfeziona in tutta la sua dimensione bilaterale il rapporto di reciprocità insito nella concezione romana di *religio*».

¹³² Macr. *sat.* 3.7.3; Macr. *sat.* 3.7.5: *hoc loco non alienum videtur de condicione eorum hominum referre quos leges sacros esse certis dis iubent, quia non ignoro quibusdam mirum videri quod, cum cetera sacra violari nefas sit, hominem sacrum ius fuerit occidi.* Cfr. anche Serv. in Verg. *Aen.* 10.419: *quidquid destinatum fuerit diis, id sacrum appellari.* È opportuno sottolineare che erano i pontefici a svolgere un ruolo fondamentale nella conoscenza e nella determinazione del *sacrum*. Il che sembra confermato dallo stesso Macr. *sat.* 3.3.1 (... *inter decreta pontificum hoc maxime quaeritur quid sacrum, quid profanum, quid sanctum, quid religiosum ...*), a parafrasi del quale R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 35, scrive: «non solo i pontefici si occupavano in astratto dei concetti di *sacrum*, *sanctum* e *religiosum*, ma l'individuazione dei rispettivi ambiti era uno dei compiti che maggiormente li vedevano impegnati». Purtroppo, come rileva F. SINI, *Sanctitas: cose, Dèi (uomini). Premesse per una ricerca sulla santità nel diritto romano*, in *Diritto @ Storia*, I, 2002, 2, «lo stato miserevole dei materiali provenienti da documenti sacerdotali non consente di farsi un'idea precisa di questa immensa attività interpretativa, che, stando all'enunciazione di Macrobio, coinvolgeva l'intera realtà del mondo conoscibile. Decretare in merito a che cosa sia *sacrum*, cosa sia *profanum*, *sanctum* o *religiosum* significava per i pontefici dover tracciare linee di demarcazione non sempre definibili, né in maniera chiara né una volta per tutte».

¹³³ Macr. *sat.* 3.3.2. Detta definizione di Trebazio è correlata a quella di *profanum*, riferita in Macr. *sat.* 3.3.4: *eo accedit quod Trebatius profanum id proprie dici ait 'quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est'*. Ben diversamente si esprime Elio Gallo, come già sappiamo, in Fest. voce *Sacer mons* (424 Lindsay): tuttavia, come già altri hanno rimarcato, la

nihil» per l'ordinamento civile¹⁶⁸) per mezzo di intermediari sì umani, ma anche sciolti dalle pastoie di ogni *iter* processuale umano, in quanto agenti in nome e per conto di esseri sovra-umani. Novità e conservazione rispetto alla legge Valeria, dunque, nel codice decemvirale sono da intendersi solo in questi termini: a) in adesione alla volontà sacrata plebea (Cic. Sest. 30.65) il *iudicium de capite civis* passava dalle curie alle centurie (con contestuale rinuncia della plebe ai processi rivoluzionari conciliari¹⁶⁹); b) il divieto (processuale) di *rogari de capite civis* veniva conservato, e la norma incriminatrice (sostanziale) da esso implicata veniva estesa a chi console non era, sicché, ad esempio, al tribuno della

nozione di *sacrum* della glossa festina non sembra corrispondere a quella più antica tramandata invece da Trebazio (B. ALBANESE, *Sacer esto*, cit. 178 s.; G. FALCONE, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in *AUPA*, XLI, 1991, 235 nt. 37; C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 86 e nt. 88).

¹³⁴ Cfr., in questo senso, M. MORANI, *Lat. «sacer» e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in *Aevum*, LIV, 1981, 30 ss.; B. ALBANESE, *Sacer esto*, cit., 178. Ha preso posizione sulla delicata questione, seppur con interesse prevalente per il diritto classico e giustiniano, e con soluzioni non sempre condivisibili, G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 23 ss. (anche in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, [Padova 1996] 227 ss.). Cfr., secondo una prospettiva non condivisibile, in quanto presupponente la logica della 'differenziazione' tra diritto e religione, invero, inesistente all'epoca in cui il concetto di *sacer* è emerso, J. RÜPKE, *La religione*, cit., 9, che afferma che *sacer* «deriva dal linguaggio giuridico relativo alla proprietà: 'sacro' è ciò che è di proprietà di un dio, di una dea. Per lo più si trattava di un qualche appezzamento di terreno sul quale si sarebbe poi eretto un tempio, e sul quale si 'consacravano' anche determinati oggetti, soprattutto offerte votive, statue che divenivano in tal modo di proprietà d'una divinità. Per ovvia conseguenza, gli dei non erano di per sé sacri, ... perché non erano proprietà di se stessi: o quanto meno non si trattava d'un pensiero che, in quei tempi, si sarebbe potuto formulare sensatamente. Il concetto opposto a *sacer* è *profanus*. Questa parola ne comprende due: *pro* - davanti, per - e *fanum* - il sacrario -: *profanus* è quindi ciò che sta davanti ovvero fuori dal sacrario, dall'ambito sacrale»). Contro il metodo che sta alle spalle della scrittura del Rüpke può rammentarsi con il Catalano la potenza sintetica di un inscindibile binomio espressa dalla locuzione 'sistema giuridico-religioso' (P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, cit., 30 ss.; Id., *Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano*, cit., 445 s.; Id., *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino 1990, 57); locuzione sovente impiegata dal Sini (di cui cfr., a titolo puramente esemplificativo, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, cit., 210 e ntt. 4 e 5), nonché dal Lobrano (G. LOBRANO, *Plebei magistratus, patricii magistratus, magistratus populi Romani*, in *SDHI*, XLI, 1975, 251 e da Onida (P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 75 s., 85; Id., *Il guinzaglio e la museruola: animali, umani e non, alle origini di un obbligo*, in *AG*, CCXXIV, 2004, 592, 596 s.). Ancor più convincente mi pare, sul punto, G. LOMBARDI, *Persecuzioni laicità libertà religiosa*.

plebe, a fronte di una condotta tale da *plebem offendere* e ritenuta meritevole dell'estrema pena (ma non tale, a mio giudizio, da integrare gli estremi del contegno cagionante *sacertas*), era fatto divieto tanto di richiedere il supplizio capitale al concilio tributo, tanto di eseguirlo direttamente egli stesso, in virtù della sua *summa coercendi potestas*; c) il *ius provocationis* rimaneva formalmente inalterato, ma sostanzialmente soggetto ad una eterogenesi di fini, atteso che esso nasceva come garanzia a favore dei *patres* (laddove i plebei si giovavano dell'*auxilii latio*), ma veniva inserito nel codice anche per far fronte all'attività sovversiva della plebe. Ma nulla più, giacchè – per quanto s'è detto

Dall'Editto di Milano alla "Dignitas humanae", Roma 1991, 34 s., che insiste per un superamento dell'espressione, nei seguenti termini: «forse sarebbe auspicabile, in prima approssimazione, il tentativo di prescindere dai due termini 'diritto' e 'religione', così da potere ricercare unitariamente le motivazioni in base alle quali si svolgeva la vita sociale romana, in particolare sotto il profilo della sua organizzazione ufficiale».

¹³⁵ Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 12.

¹³⁶ D. SABBATUCCI, *Lo stato come conquista culturale. Ricerca sulla religione romana*², Roma, 1984, 169.

¹³⁷ G. CRIFÒ, *Problemi dell'aqua et igni interdictio*, in *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'exilium romano*, Perugia, 1985, 53. Ciò, peraltro, pare perfettamente consentaneo al principio riferito in Tac. *ann.* 1.73.4 (*ius iurandum perinde aestimandum quam si lovem fefellisset: deorum iniurias dis curae*), secondo cui gli dei stessi dovevano occuparsi delle ingiurie contro loro stessi, decidendo se e come reagire all'offesa subita (cfr. F. ZUCCOTTI, *Il giuramento collettivo dei 'cives' nella storia del diritto romano*, in *Studii in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, 6130 s.; G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Roma - Napoli, 2008, 38 s.).

¹³⁸ Liv. 5.11.16: *Numquam deos ipsos admovere nocentibus manus*. Cfr. D. PORTE, *Les donneurs de sacré. Le prêtre à Rome*, Paris, 1989, 139, che – amio modo di vedere – non coglie nel segno nel concepire l'uomo uccisore del *sacer* come un vendicatore della divinità; non persuasiva, sul punto, neppure C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 122 ss., che ritiene a fine di espiazione l'uccisione del *sacer*.

¹³⁹ Così F. ZUCCOTTI, *In tema*, cit., 443.

¹⁴⁰ Cfr. F. SINI, *Negazione* cit. 53 s., che, riflettendo «in merito alle implicazioni teologiche e giuridiche sottese all'uso della forma negativa nel linguaggio precettivo dei sacerdoti», conclude così: «nella comunità romana arcaica ... la *sapientia* (teologica e giuridica) dei sacerdoti rivolgeva le sue prime e maggiori cautele proprio alla definizione del *ne-fas*; con lo scopo precipuo di preservare la *pax deorum*, che riposava sulla perfetta conoscenza di tutto ciò che potesse turbarla; degli atti che mai dovevano essere compiuti», tra i quali – soggiungo – quello dell'immolazione dell'*homo sacer*; «delle parole che mai dovevano essere pronunciate. Insomma, è proprio nell'antitesi *fas/nefas*, fondata in particolar modo sul sentimento che spazio e tempo appartenessero agli dei, che si manifestava compiutamente la peculiarità dei rapporti tra uomini e divinità nel sistema giuridico-religioso romano: in un sistema, cioè, in cui la distinzione tra il 'divino' e l'umano' rappresentava 'la più antica concezione romana del mondo'».

- non sarebbe stato necessario «subordinare ad una pronuncia comiziale di accertata colpevolezza ... l'eventuale uccisione, rimessa al *quivis de populo* e perciò anche al tribuno, di colui che si reputasse *sacer* per violazione delle leggi *sacratae*»¹⁷⁰.

La cristallina univocità di Cicerone nel costante richiamo alla occorrenza di essere ancora libero cittadino romano per poter godere delle garanzie decemvirali viene persa - è vero - nella parafrasi fatta da Salviano di Marsiglia (che, come è noto, in *gub.* 8.5, rammenta che *interfici ... indemnatum quemcumque hominem etiam duodecim tabularum decreta vetuerunt*)¹⁷¹: ma questo autore vive quasi un millennio più tardi dei decemviri, ossia intorno alla

¹⁴¹ Il passo fa riferimento alla celebre fattispecie della *amotio*: «se qualcuno nascondeva o spostava le pietre di confine tra fondi stabili per legge Numa che venisse considerato sacro a *Jupiter Terminalis*, cosicché se uno avesse voluto ucciderlo come sacri-lego vi sarebbe stata l'impunità e la possibilità di conservare uno stato di purezza, nonostante il delitto». In tema, da ultimo, cfr. G. DE SANCTIS, «*Qui terminum exarasset ...*», in *SIFC*, XCVIII, 2005, 86 ss.

¹⁴² Mutuo l'incisiva definizione da M.I. FINLEY, *Democracy Ancient and Modern*², London, 1985, 17, impiegata (per altro arbitrariamente) ad Atene.

¹⁴³ Cfr. B. ALBANESE, 'Sacer esto', cit., 57: «in nessuno dei casi si coglie alcun indizio d'un accertamento giudiziario pregiudiziale all'irrogazione della sanzione della sacertà; e soprattutto è vero, poi, che il regime attestato per il caso del *parens verberatus* (...) induce fortemente (e, a mio avviso, anzi, costringe) a pensare che, in quel caso, la sacertà veniva in essere *ipso facto* e senza alcun procedimento giudiziario (...). Nelle più antiche sue manifestazioni, la sanzione del *sacer esto* diveniva operante ed efficace in concreto già solo per il fatto che un soggetto aveva compiuto un particolare atto delittuoso, sanzionato in quel singolare modo»; in senso contrario, ma non persuasivamente, cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 12 s. e 42 nt. 40 che congettura che sin dall'epoca regia più remota il soggetto attivo della condotta implicante sacertà, incorresse in questa solo a seguito di un apposito procedimento giudiziario concludentesi con una sentenza sfavorevole (salvo che si trattasse della sacertà di matrice plebea); vd., altresì, E. CANTARELLA, *I supplizi*, cit., 242, secondo cui la sacertà «nata come rito religioso, in età cittadina ... appare inequivocabilmente come la conseguenza di una pronunzia giudiziaria». Più articolata, sul punto, la posizione di L. GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., 37 ss., secondo cui la sacertà poneva il trasgressore della *pax deorum* nella situazione di soggetto uccidibile lecitamente da chiunque: e ciò sebbene l'uccisore avrebbe potuto essere accusato di omicidio, e solo la dimostrazione della *sacertas* gravante sull'individuo ucciso ne avrebbe comportato la non punibilità. Peraltro, secondo lo studioso non sarebbe da «escludere che l'*homo* divenuto *sacer* a causa del delitto perpetrato potesse qualche volta essere dichiarato tale in sede giudiziaria, attraverso un procedimento definibile, sulla base di una moderna terminologia, di mero accertamento, idoneo ad escludere il rischio per il terzo che lo volesse mettere a morte di doversi discolpare in un giudizio per omicidio. E proprio su questo primitivo regime della sacertà avrebbe inciso la legge delle XII tavole richiedendo che l'eventuale uccisione dell'*homo sacer* per mano di qualsiasi consociato fosse sempre preceduta da una decisione del comizio centuriato diretta ad appurare l'effettivo compimento da parte sua di un atto comportante la sacertà». Vd., altresì, L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo*

metà del quinto secolo d.C., e scrive animato da una fede cristiana nell'esemplare tentativo di spiegare, in una logica di conciliazione ecumenica, le stesse invasioni dei barbari come azione della Provvidenza sulla storia degli uomini. Nella sua prospettiva, dunque, non pare incomprensibile la (voluta?) confusione – forse a fronte della lettura di Cic. *dom.* 43 ove si esplicita che il precetto *de capite civis* riguarda il cittadino non ancora condannato¹⁷² – tra il 'cittadino di Roma' e l' 'uomo universale', ossia l'uomo in quanto tale, l'uomo senza ulteriori qualificazioni perché figlio di Dio (e

allo studio dei iudicia populi, Padova, 1989, 7 ss. Eloquente è Plut. *Publ.* 12.1, ove risulta, senza alcun dubbio, che, in assenza di un verdetto di condanna, si poteva procedere all'eliminazione dell'individuo reo di *adfectatio regni* (e perciò *sacer*: Liv. 2.8.2); cfr., altresì, Dion. Hal. 10.39.4; 10.42.3-4; 10.31.3-32.1.

¹⁴⁴ Cfr. L. GAROFALO, *L' 'homo liber' della 'lex Numae' sull'omicidio volontario*, in *'Philia'. Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, 1033 ss. (nonché sulla impossibilità di collocare nel primo regno l'istituto della schiavitù, G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 1 ss.; *ib.*, voce *Schiavitù [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 622 ss.; *ib.*, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 207 ss.; F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, XX, 1974, 163 ss., nonché in A. DELL'AGLI - T. SPAGNUOLO VIGORITA [ed.], *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 130 ss.). La ricostruzione proposta nel testo comporta non solo la reiezione dell'opinione dominante secondo cui il *liber* si oppone solo allo schiavo (G. PASQUALI, *'Paricidas esto'*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, 69; A. PAGLIARO, *La formula 'paricidas esto'*, in *Studi in onore di L. Castiglioni*, II, Firenze, 1960, 689; V. PISANI, *Due note. 'Paricidas esto' e 'missa' «messa»*, in *Paideia*, XX, 1965, 189 ss.), ma anche di quella che postula un'antitesi tra *gentilis* e non *gentilis* (L. GERNET, *'Paricidas'*, in *RPLHA*, LXIII, 1937, 27; G. DEVOTO, *Relitti lessicali della vita della 'Sippe'. 'Paricidas', 'vindex'*, in *Studi in onore di E. Besta*, 551; V. LONDRES DA NÖRBEGA, *A nouveau 'paricidas'*, in *Latomus*, IX, 1950, 3 ss.), e di quella che vede il patrizio in opposizione al plebeo (H. LÉVY-BRUHL, *'Parricida'*, in *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain. Essai de Solutions Sociologiques*, Paris, 1934, 85). Essa, quindi, non collima pienamente neppure con quella proposta dal Garofalo (L. GAROFALO, *L' 'homo liber'*, cit., 1033), che postula una originaria relazione biunivoca tra *'libertas'* e *'sacertas'* (nel senso che 'tutti coloro che sono liberi non sono sacri' e 'tutti coloro che non sono sacri sono liberi'). Il caso del *fur* uccidibile impunemente dopo la *endoploratio* (cfr. Tab. 8.13) mi induce a ritenere, invece, una relazione univoca in virtù della quale 'se tutti i sacri sono non liberi, non tutti i non liberi sono sacri': ad esempio, un soggetto, talora, da non *liber* poteva entrare a far parte direttamente della comunità (*filius* emancipato / *liber a patre* / non *sacer*), talaltra, da *liber* poteva inserirsi (vuoi per la sola sua condotta, vuoi anche a mezzo del contributo altrui) nella sfera di appartenenza alla divinità (*puer verberans* / *sacer* / non *liber*), talaltra ancora da *liber* poteva essere performativamente 'estromesso' dall'appartenenza alla originaria comunità e, quindi, dalla condivisione delle tutele garantite (*fur* / non *liber* / non *sacer*). Vero è, insomma, che se *liber*, in principio, non si oppone (per ragioni storiche) a schiavo, ma indica (come vuole la stessa etimologia: cfr. E. BENVENISTE, *Il*

pertanto entro un'idea teoricamente comprensiva, se non si dà profondità alla storia, pure dell'uomo, in ottica pagana, *sacer*)¹⁷³.

Rimarrebbe contro questa mia visione quel raffazzonato intrigo di nozioni fornite dalla celeberrima voce festina *Sacer mons* (Lindsay 424), ove prima si afferma che '*at homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium*', poi si continua con '*neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur*', per concludersi sia che '*nam lege tribunicia prima cavetur, si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit*', sia che '*ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet*'. O più precisamente: Festo si sta veramente occupando al contempo

vocabolario delle istituzioni indoeuropee, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 246 ss.) l'essere umano che direttamente appartiene al *populus* (cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 135 ss.), la mia tesi perviene per strade diverse a soluzioni simili a quelle del Coli, secondo il quale «l'uccisione di persona *in potestate* del *paterfamilias*, fosse uno dei discendenti o un servo, operata da persona appartenente ad altra famiglia, dava luogo ad una richiesta di riparazione da parte di un *paterfamilias* all'altro *paterfamilias*, come avviene tuttora nella Repubblica per l'uccisione del servo» (U. COLI, '*Paricidas esto*', in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 186, nonché in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 529). *Liber*, insomma, era solo chi non apparteneva né ad un essere sovranaturale (ad esempio il '*puer qui parentem verberaverat post plorationem*'), né ad un essere umano (ad esempio il '*fur qui se telo defenderat post [endo]plorationem*'): questo, a mio avviso, lo sfondo di comunanza - ossia la 'non libertà' - delle ipotesi previste rispettivamente in Tab. 8.13 (Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55[54].2; Cic. *Tull.* 21.50) e le leggi regie conservateci in Fest. voce '*plorare*' (Lindsay 260), comunanza che fondava la non sussumibilità entro la norma incriminatrice prevista da Numa ('*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*') e dell'agire del derubato (*ploratio* e *caedes* del *fur*) e di quello dell'attuatore umano del disegno divino (come la *occisio* del *puer verberans* a fronte della *ploratio* del *parens*).

¹⁴⁵ Secondo l'opinione dominante, come è noto, riferendosi a *homo liber*, il precetto di Numa avrebbe indicato solo l'uomo libero in quanto 'non schiavo'; per altri, invece, avrebbe richiamato il cittadino romano e lo straniero in territorio urbano, (con esclusione di talune persone, tra cui le donne, il *paterfamilias*), in antitesi agli individui *in potestate* del *sui iuris* (discendenti, schiavi), il cui l'omicidio avrebbe dato seguito unicamente a una richiesta di riparazione da parte del relativo *paterfamilias* nei confronti del *paterfamilias* omicida o dell'omicida; per altri ancora il plebeo o l'estraneo alla *gens* di appartenenza, per cui l'intenzionale assassinio del primo o del secondo veniva equiparata a quella posta in essere o ai danni di un patrizio o, ai danni di un membro della propria *gens* (cfr., per una puntuale rassegna bibliografica in materia, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 15, nt. 29; L. GAROFALO, *Sulla condizione*, cit., 44 ss.). Tale processo sarebbe stato promosso nei confronti dell'omicida dal *rex* e poi dal console ovvero dai *quaestores parricidii*, che *solebant creari causa rerum capitalium quaerendarum*: (Paul. Fest. *verb. sign.*, s.v. *Parrici<di> quaestores* [ed. Lindsay 247]): un processo (susceptibile di celebrarsi, a partire da un momento non precisabile dell'età monarchica, anche dinanzi al popolo) in cui, come evidenziato da R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 493,

del regime predecemvirale e di quello decemvirale¹⁷⁴? L'impiego di *nam*, a mio avviso, lo può escludere (suffragando la tesi che *maleficium*¹⁷⁵ e *iudicare*¹⁷⁶ siano usati in senso atecnico). Con questa congiunzione esplicativa Festo tenta di spiegare quanto detto prima, entro uno schematico parallelismo che merita di essere messo in luce: al *iudicare* del *populus* corrisponde il 'cavetur' di un 'provvedimento popolare', qualificato come *lex tribunicia prima*, ossia come un *quid* che, seppur solo in definitiva, l'intero *populus iussit atque constituit* (in quanto alla volontà originaria di una sola *pars*, la *plebs*, manifestata in occasione della prima secessione o

venivano coinvolti gli stessi pontefici, chiamati ad appurare se l'uomo messo a morte avesse realmente acquisito lo *status* di 'sacer' («probabilmente ... attraverso *responsa*, che poi venivano fatti propri dalla sentenza del *rex*»), o meglio, di 'non liber'. Quanto all'etimologia di *liber*, in connessione non solo all'idea di 'appartenenza', ma pure di 'crescita', cfr., da ultima, A.A. SEMIOLI, 'Liber', 'Libera' e *<'Louzera': le origini di un culto alla luce della comparazione indo-europea, in *SMSR*, LXXI, 2005, 254 (nonché C. DE MEIO, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna, 2005, 39 s.).

¹⁴⁶ Si tratta di *dies* di tal fatta e non, invece, di *dies intercesi* (Varro L.L. 6.31; Ovid. *Fast.* 1.49-52) ossia di giorni che solo *mane* e *vespere* sono *nefasti*, e che, come comunemente si crede, sciogliendosi la sigla EN in *endotercisi* (vd. *Fasti Praenestini* [10 gennaio]: [*endo*] *pro in ponebatur*; Paul.-Fest. 67 [Lindsay]) verrebbero pure con questo ultimo termine indicati come vuole il F. COARELLI, *Il Comizio dalle origini alla fine della repubblica*, in *PP*, CLXXIV, 234 ss. (del tutto arbitraria, peraltro, mi pare la interpretazione che, pensando ad una aplografia, J. RÜPKE, 'Dies endotercisi'?, in *ZPE*, LXXXVI, 1991, 212 ss., ha proposto: 'Endoitio Exitio Nefas' (cfr., altresì, J. RÜPKE, *Kalender und Öffentlichkeit*, 1995, *passim*; M.E.H. HERMANS, 'Endotercisus', in *MH*, XXI, 1964, 173 ss.). Vd., per la spiegazione di *endotercisi* come *intercesi*: A.K. MICHELS, *The Calendar of the Roman Republic*, Princeton, 1967, 106 ss.; F. DELLA CORTE, *L'antico calendario romano*, Genova, 1969, 59; P. BRIND'AMOUR, *Le calendrier romain. Recherches chronologiques*, Ottawa, 1983, 230; A. INVERNIZZI, *Il calendario*, in *Vita e costumi dei Romani antichi*, XVI, Roma, 13; D. SABBATUCCI, *La religione romana*, cit., A. CAPPELLI, *Cronologia, Cronografia e Calendario perpetui*⁷, Milano, 1998, prefazione (s.p.).

¹⁴⁷ Varr. L.L. 6.29-30, 53. Sull'alta arcaicità della realtà politica, religiosa, giuridica riflessa nei calendari cesariani e precesariani (quanto all'anziate) a noi pervenuti, e alla totalità assorbente del modello binomico *fas-nefas* (piuttosto che *fastus-nefastus*, come solo per comodità uso nel testo) vd. N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Roma, 1939, 79; A. BRELICH, *Introduzione alla storia delle religioni*, Roma, 1966, 219 ss.; G. SCHÖN, voce *fasti*, in *RE*, VI, Stuttgart, 1909, 2015 ss.; G. WISSOWA, *Religion*, cit., 438, nt. 1; P. CIPRIANO, 'Fas' e 'nefas', cit., 73.

¹⁴⁸ Cfr. CIL I¹, 289. Con T. MOMMSEN, *Staatsrecht*, I, cit., 194, 201, 204, peraltro, non può mancarsi di notare l'interdizione, di difficile collocamento cronologico, al *rex* repubblicano di rivolgersi ai comizi (fatta esclusione per gli annunci delle feste), che è testimoniata da Plut. *quaest. rom.* 63, e invero, si ricava anche da Paul.-Fest. 311 Lindsay, che riduce il ruolo regale a una semplice 'apparizione culturale' dinanzi ai comizi dopo l'espletamento di taluni riti: la menzione del *comitium* poco si addice, invero, al re dei sacrifici, sicché è assai probabile che le indicazioni paoline-festive, simbolo riproduttivo di più antiche

sul Mons Sacer o sull'Aventino¹⁷⁷ del 494 a.C.¹⁷⁸ si aggiunse la volontà dell'altra *pars*, i *patres*, allorché il fondamento del potere tribunizio venne riconosciuto dalla *lex de tribunicia potestate* del 449 a.C.¹⁷⁹); con la magmatica e imprecisata figura del *maleficium* ('a causa del maleficio' o 'a causa di un maleficio') è in simmetria la trasgressione, da parte di chicchessia, del divieto imposto nel celebre *plebeiscitum*, come espressamente sanzionata dal '*sacer esto*'; alla liceità dell'uccisione del *sacer* - anche in assenza, parrebbe, di una previa pronuncia giudiziale¹⁸⁰ - con il contestuale divieto di immolazione si connette la previsione '*parricida ne sit*'. Insomma, la collocazione da parte di Festo della incerta definizione

competenze risalenti ad età monarchica, si riferiscano all'antico e vero *rex*: invero già all'epoca di Varrone i comizi curiati per l'*adrogatio* erano, come si ricava da Cic. *leg. agr.* 2.12.31, un relitto miserabile e quelli testamentari possono ipotizzarsi già in via di decadenza, come si apprenderebbe da Gai 2.101 (cfr. R. ORESTANO, *I fatti*, cit., 205; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 728 ss.; B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss.). Già tra III e II secolo a.C., quindi, l'attività sbiadita del *rex* repubblicano (ancora, per pura tradizione, apice dell'*ordo* sacerdotale: Fest. voce *ordo sacerdotum* 198 Lindsay), nei due giorni succitati, era detta ancora '*comitiare*', ma con un senso affatto 'altro' rispetto a quello che detto verbo deve aver indicato in età monarchica: compiere riti e apparire, come un «manequine», ai littori (A. MAGDELAIN, '*Quando rex comitiavit fas*', cit., 7). Puntualizzando il discorso di Fowler, possiamo sottolineare che la sigla testé citata indicava, in luogo della lettera F (*Fas*) e della lettera N (*Nefas*) la qualità del *dies* che era, per l'appunto nefasto sino al momento in cui il *rex* non poneva in essere la condotta del *comitiare* (che, come vedremo non credo faccia riferimento all'ipotesi in cui «the king had dissolved the Comititia», poi diveniva fasto: si teneva un comizio che 'convocato' (o 'tenuto') dal *rex sacrorum* in età repubblicana, a differenza di quanto avveniva con il *rex optimo iure* durante la monarchia (cfr. A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli, 1990, 135; Id., *Giusromanistica elementare*², Napoli, 2002, 243 ss.), assumeva - come abbiamo detto - la forma del mero rito, dell'«azione sacrale» (D. SABBATUCCI, *La religione*, cit., 141; P. CATALANO, *Contributi*, I, cit., 368; B. KÜBLER, voce *calata comitia*, cit., 1331; T. MOMMSEN, *Die römische chronologie*, cit., 228 ss.). Paolo Diacono nell'epitome a Festo (Paul.-Fest. voce [311 Lindsay]), nell'esplicitare cosa per lui significasse *comitiare*, scioglie questo verbo con un '*in comitium venire*', ossia un recarsi nel luogo dove avveniva il rito pubblico dopo aver compiuto le *res divinae*. Il che mi pare segno evidente del fraintendimento dello storico: altamente improbabile mi pare che se il giorno diveniva fasto solo allorché il *rex* avesse comiziato, allora, nella resa paolina, il comizio rituale sarebbe stato cronologicamente collocato nella parte nefasta del giorno.

¹⁴⁹ Seppur nessuna esplicita testimonianza ci permette di sapere con precisione assoluta quando il *kalator* (poi il *lictor curiatus* stando a Gell. 15.27.1) per conto del *rex*, quale originario convocatore e presidente (e non del pontefice come vuole, ex plurimis, F. GRELLE, voce *Comitia*, cit., 602 s.; *contra*: P. CIPRIANO, '*Fas*' e '*nefas*', cit.), chiamasse obbligatoriamente il popolo delle curie a comizio e cosa durante tale assemblea si compisse, vero è che, con buona probabilità di cogliere nel segno, qualcosa nel merito si può supporre. Dal calendario romano, infatti, sappiamo che i due giorni menzionati in corpo di

di *homo sacer* in una voce dedicata implicitamente alla secessione plebea, nonché la struttura di riferimenti paralleli sopravvista mi indurrebbero – seppur in via congetturale – a escludere la tesi della ‘stratificazione’ secondo la quale la prima parte della voce *festina*, nel segmento che qui ci occupa, farebbe menzione del regime postdecemvirale (contraddistinto dalla necessità di condanna comiziale), mentre la seconda sarebbe riferibile all’età pregressa (allorché l’uccidibilità del *sacer* era ancora immediata). Anzi, mi parrebbe lecito ipotizzare che Festo, in questa sede, non definisca affatto l’*homo sacer* ‘tout court’ (così come Elio Gallo, nella stessa voce, non intende affatto definire il *sacrum*, ma solo la *res sacra*),

testo, ossia il 24 di marzo (IX Kal. Apr.) e il 24 di maggio (IX Kal. Iun.), erano indicati ora ‘QRCF’ (in *vat.* e *caer.*), ora ‘QRexCF’ (in *mafp.* e *praen.*): ma quale realtà rituale si celasse dietro l’acronimo, in piena epoca storica, oggetto di disputa: se infatti era pacifico che le due date riguardavano una qualche attività del re (le prime due lettere Q e R, infatti, venivano sciolte agilmente con *quando* e con *rex*), quale fosse (o quale fosse il significato di) detta attività, al tempo di Verrio, era dubbio, atteso che non era univoco il modo di leggere le due ultime lettere (C e F): indice chiaro questo, a mio modo di vedere, sia del fatto che i due *dies* continuavano a indicarsi graficamente con la sigla QRCF, sia del fatto che il *rex sacrorum* o non compiva più tali riti, ovvero poneva in essere un’attività ‘neutra’ che, suscettibile di molteplici interpretazioni, non rivelava più le sue origini. Secondo la lettura più accreditata QRCF sarebbe stato l’acronimo di ‘quando rex comitiavit fas’ (tesi suffragata sia da Varrone, *L.L.* 6.31, che completa le lacunosissime voci Fest. 310 e 346 [Lindsay], sia da Paolo Diacono alla voce *Signum* [311 Lindsay] dell’epitome *festina*, sia da Verrio Flacco in base a quanto ricaviamo dalle note al Calendario di Preneste: cfr., per tutti, A. MAGDELAIN, ‘Quando rex comitiavit fas’, in *RHDFE*, CXXV, 1980, 5 ss.; P. CIPRIANO, ‘Fas’ e ‘nefas’, cit., 118 ss.). L’altra lettura ‘quando rex <ex> comitio fugit’, era sostenuta da chi (erroneamente: secondo Verrio Flacco) riteneva che il *dies* fosse così detto ‘quod eo die comitio fugerit rex’ (cfr. CIL, I², 234, 289; Ov. *fast.* 5.727; Fest. voce *Regifugium* Lindsay 346: cfr. E.T. MERRILL, *The Roman Calendar and the ‘Regifugium’*, in *CPh*, XIX.1, 33 ss.): soluzione inaccettabile in quanto – dice Verrio – il ricordo della fuga del Superbo sarebbe stato celebrato ben tre volte l’anno, il 24 marzo, il 24 maggio, il 24 febbraio (cfr. G. WISSOWA, voce *dies fissi*, in *RE*, VI, Stuttgart, 2406; H. BÖMER, *Die Fasten*, II, Heidelberg, 1958, 335; sulla inaccettabilità del *regifugium* – festa che, celebrata il 24 febbraio, introduceva la momentanea scomparsa del re sino alle *Kalendae Martiae* in una «crisi annuale della regalità» (A. CARANDINI, *Remo*, cit., 309; A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma, 1955, 111 ss.)– secondo l’interpretazione antica [Liv. 2.2.1, 3.39.4; Dion. Hal. 4.74; Ovid. *fast.* 2.685 ss.; Fest. 346-347 Lindsay; Auson. *fer. Rom.* 6.24.13; Plut. *quaest. Rom.* 63; CIL I² 259], cfr., per tutti, G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 218; aderiscono alla tradizione G. PICCALUGA, ‘Terminus’. *I segni di confine nella religione romana*, Roma, 1974, 275 ss.; A. MASTROCINQUE, *La cacciata di Tarquinio il Superbo. Tradizione e letteratura greca*, II, in *Athenaeum*, LXII, 1984, 227 ss.; per un panorama delle varie interpretazioni su questa festa, cfr. A. BRELICH, *Tre variazioni*, cit., 111 ss.; A. MAGDELAIN, *Cinq jours épagomènes à Rome*, in *REL*, XL, 1963, 201 ss.; A. GUARINO, *I cinque giorni del ‘regifugium’*, in *Mélanges de droit romain et d’histoire ancienne. Hommage à la mémoire de A. Magdelain*, Paris, 1998, 197 ss.; A. CARANDINI, *Remo*, cit., 309). Da Gaio, inoltre, sappiamo che

bensì si occupi unicamente del violatore della sacrosanta persona del tribuno, violatore che prima la plebe poi il popolo intero ha espressamente ritenuto (*iudicavit*, in senso atecnico) *sacer* con una apposita *lex*, attesa la gravità del *maleficium* contemplato come fattispecie di reato¹⁸¹. Il tutto, per vero, entro una cornice in cui, seppur maldestramente, l'erudito sembra voler abbozzare, o comunque presupporre, un 'principio di legalità' (se non anche di irretroattività) che potrebbe icasticamente compendiarsi nella formula '*nulla sacertas sine praevia lege sacrata*'; principio che effettivamente – seppur giammai enunciato dalla *scientia iuris* – sarebbe stato in concreto operante anche con riguardo alle più

i comitia calata erano tenuti due volte l'anno per i testamenti (Gai 2.101). Di qui, il collegamento che ha operato T. MOMMSEN, *Die römische Chronologie*, Berlin, 1858, 241 ss., tra i due *dies fissi* e la notizia gaiana circa le due date stabilite per i testamenti *calatis comitiis*, pare del tutto convincente: anzi la si può estendere – credo – anche alla *detestatio*, che, come sappiamo, richiedeva la medesima procedura seguita per il testamento, e che da Gellio viene ad esso accostata («intuition géniale» definisce l'idea del Mommsen A. MAGDELAIN, '*Quando rex comitiavit fas*', cit., 7 che vi aderisce *in toto*: «il est tentant de supposer que les deux jours QRCF ne font pas connaître leur objet parce qu'il va de soi»; appoggiano la tesi mommseniana: E. DE RUGGIERO, voce *Calator*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, II.1, Roma, 1900, 533; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 117 s.; scettici, sono invece A. MOMIGLIANO, *Il 'rex sacrorum' e l'origine della repubblica*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, 363, nonché in *Id.*, *Roma arcaica*, cit., 169; J. BAYET, *La religion romaine. Histoire politique et psychologique*², Paris, 1969, 99.; vd., invece, per una estensione della tesi mommseniana: G. SCHERILLO, *Appunti sul testamento «in procinctu» nel diritto romano*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano 1967, 783, nt. 3; E. CHAMPLIN, '*Creditur vulgo testamenta hominum speculum esse morum*': *Why the Romans Made Wills*, in *CPh*, LXXXIV, 1989, 198; G.M. FACCHETTI, *All'origine del 'testamentum'*, in *Index*, XXX, 2002, 227; in particolare, cfr. J. PAOLI, *La notion du temps fast et celle du temps comitial (Varron, De l. l., VI, 31 et 32.)*, in *REA*, LVI, 1954, 121 ss., 135 ss., il quale ritiene che, in questi due giorni, si procedesse a plurimi atti (testamento e *detestatio sacrorum* nella *contio* iniziale; *adrogatio* nei comizi successivi) connessi in un unico istituto, ossia l'adozione testamentaria (il che pare assai inverisimile: sia, quanto a sostanza, per la originaria identificazione del testamento e dell'adozione comiziale di un pater, sia, quanto, a procedura, per la difficoltà di immaginare in uno stesso giorno il compimento di più atti tutti finalizzati verso il medesimo scopo, ma ora con il popolo alla rinfusa, ora ordinato per curie). Prive di rilievo sono, quindi, le critiche del De Francisci che non intende seguire la tesi del Mommsen in quanto i comizi testamentari sarebbero calati (cioè convocati e presieduti dal pontefice), mentre i curiati (quali quelli delle due date succitate) sarebbero chiamati e presieduti dal re: P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 589 s., 728 s. (vd., sul punto, P. CIPRIANO, '*Fas*' e '*nefas*', cit., 116 ss.). Così da non seguire è G. WISSOWA, *Religion*, cit., 435, 512 nt. 4., 517 nt. 5, nonché A. ROSENBERG, voce *Rex sacrorum*, in *RE*, 1A.1, Stuttgart, 1914, 721 ss., i quali da una parte si sono pronunciati per l'impossibilità che i *dies* QRCF servissero per la redazione dei *testamenta*, adducendo come ragione la constatazione che in tali *dies* (secondo un'idea, come vedremo inseguito, tuttavia non del tutto peregrina) i comizi si sarebbero

antiche fattispecie di sacertà le quali, risalenti alla monarchia primitiva, sempre erano previste in una (*praevia*) *lex regia*¹⁸².

In età monarchica (nonché in età proto-repubblicana), per concludere, non era necessario alcun processo giudiziale di accertamento della sacertà (nella forma più antica del iudicium regis e populi): al più si sarebbe proceduto – previa necessaria istruttoria in relazione alla quale verisimilmente interveniva il collegio pontificale – a ‘detestare’ al popolo delle curie, convocato e presieduto dal rex e poi dal rex sacrorum, quali soggetti fossero di dominio divino, ‘sacri’, e non più tutelati dalle norme dell’ordinamento romano: si pubblicizzavano le generalità di coloro

svolti in una parte nefasta, dall’altra, hanno sostenuto che in questi *dies* si sarebbe svolto, invece, un *tubilustrum*, rito legato alla stagione militare (cfr., sul punto, F. BLAIVE, ‘Rex sacrorum’. *Recherches sur la fonction religieuse de la royauté romaine*, in *RIDA*, XLII, 1995, 144 ss.). Altri contrastano la tesi mommseniana affermando che i testamenti si svolgevano il 15 marzo e il 15 maggio (E. WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts also Einführung in die Privatrechtsrechtordnung der Gegenwart*², Basel, 1949, 511 s.; N. TURCHI, *La religione di Roma*, cit., 44). Quindi: il 24 marzo e il 24 maggio il rex ‘comitiabat’ (a prescindere da cosa questo verbo in principio significasse); e in queste due date, verisimilmente, si confezionavano i testamenti e veniva effettuata la *detestatio sacrorum*. Con le debite precisazione che opereremo circa il valore di *comitiare*, può rammentarsi W.W. FOWLER, *The Roman Festivals Of The Period Of The Republic*, New York, 1899, 62: «these two days must be taken in connexion with the 23rd and 24th of May, which are marked in the calendars in exactly the same way. The explanation suggested by Mommsen is simple and satisfactory; the 24th of March and of May were the two fixed days on which the comitia curiata met for the sanctioning of wills under the presidency of the Rex. The 23rd in each month, called Tubilustrum, would be the day of the lustration of the tubae or tubi used in summoning the assembly. The letters Q. R. C. F. (*quando rex comitiavit fas*) mean that on the days so marked proceedings in the courts might only begin when the king had dissolved the Comitia».

¹⁵⁰ Onde spiegare la sigla QRCF non si può prescindere dall’analisi di due passi: anzitutto L.L. 6.31 di Varrone citato in corpo di testo; in secondo luogo la voce 311 (Lindsay) dell’epitome a Festo di Paolo Diacono (per la quale cfr. nt seguente). In Varrone, secondo la *lectio facillior* (codici seriori: cfr. LI, 5 / 1527), i giorni in questione erano così chiamati in quanto ‘eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium ad quod tempus est nefas, ab eo fas: itaque post id tempus lege actum saepe’; secondo la ricostruzione dell’*editio princeps* di Pomponio Leto, questa in luogo di *sacrificio ius* avrebbe *sacrificulus* mentre F^v (manoscritto monachense di Pietrus Victorius e Iacobus Diacetius), insieme verisimilmente al codice F, il più antico, ma mutilo sul punto che i due umanisti avevano tuttavia visionato quando ancora integro nel 1521, secondo la *lectio difficilior* ha *sacrificulus*. Il Goetz e lo Schoell (tendenzialmente seguiti da J. PAOLI, *La notion*, cit., 121 ss.) nella loro edizione critica al *de lingua Latina*, aderiscono alla *lectio* di Pomponio Leto ‘*sacrificulus*’, ma collocano una *crux interpretum* dinanzi al *dicat* (G. GOETZ - F. SCHOELL, *M. Terentii Varronis de lingua Latina quae supersunt*, Leipzig, 1910, a.l.); altri accolgono la *lectio* dei codici seriori interpretando, come fa Spengel, in questi termini «est enim rex sacrificio initium iuris dictionis dicat velut novam aquilam dicare ‘einweihen’ Tac. hist. 5.16» (L. SPENGLER - O. SPENGLER, *M.*

che, ancora in vita e in Roma, erano liberamente uccidibili, si forniva la prova liberatoria per chi, ingiustamente accusato in un *iudicium humanum*, avesse dato seguito ad una determinazione divina.

Quiriti e testamento comiziale.

Del pari, funzione di mera testimonianza, quali passivi 'recettori' della volontà del *de cuius* avevano i quiriti nel *testamentum calatis comitiis*¹⁸³. Si trattava di un atto ben diverso dalla arrogazione da parte di un *pater* nei confronti di un altro

Terentii Varronis de lingua Latina quae supersunt, Berlin, 1885, a.l.), oppure, come Kent «the day which is called 'when the high priest has officiated in the Comitium, Right' is named from the fact that on this day the high priest pronounces the proper formulas for the sacrifice in the presence of the assembly, up to which time legal business is wrong, and from that time on it is right: therefore after this time of day actions are often taken under the law» (R.G. KENT, *Varro: on the Latin Language*, London - Cambridge, 1951). Stando, poi, allo Hirschfeld *dicat ad Comitium* andrebbe corretto in *litat ad Comitium* (O. HIRSCHFELD, *Antiquarisch-Kritische Bemerkungen zu römischen Schriftstellen*, in *Hermes*, VIII, 1874, 468. Infine, secondo il Blumenthal (seguito sostanzialmente in toto dal Santalucia: B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 1984*, Roma, 1988, 249 ss.), la lettura del passo correrebbe così: *rex <ex> sacrificio ius dic<eb>at; ex sacrificio* sarebbe un complemento di tempo («unmittelbar nach dem Opfer»), di cui il copista del manoscritto seriore, per aplografia, avrebbe omesso la preposizione, mentre il verbo impiegato dovrebbe spiegarsi come imperfetto di *dicere* e non di *dicare* (A. VON BLUMENTHAL, *Zum römischen Religion der archaischen Zeit*, in *Rhein. Mus.*, LXXXVII, 1938, 271 ss.).

¹⁵¹ Vd. A.K. MICHELS, *The Calendar*, cit., 107, nt. 47.

¹⁵² Ciascuna delle due letture prese in esame nel testo e alla nota precedente presta il fianco a numerose critiche. L'adesione alla *lectio* dei codici più antichi, infatti, sebbene permetta un parallelo tra la spiegazione di Varrone (menzionante il re *sacrificulus* o *sacrificiolus*) e quella di Paolo Diacono (*sacrificulus*) della sigla QRCF, è gravida di insormontabili problemi: come spiegare un *dicat* senza complemento oggetto? e come spiegare la *lectio sacrificio ius* della totalità degli apografi? Quanto all'identificazione, operata da Hirschfeld, di *comitiare* con *litare* pare una congettura non provabile che, peraltro, connotando solo in senso sacrale il verbo *comitiare* contrasterebbe con la voce *festina* epitomata da Paolo Diacono (311 L.) che scinde l'attività del *rex sacrificulus*: *comitiare* da un lato è *perficere res divinas* (ma non solo questo), dall'altra è *venire in Comitium* (dopo il sacrificio); e lo stesso dicasi per la versione di Kent (che intende, poco plausibilmente, *sacrificio* come dativo e traduce *ius dicat* con 'pronunciare le formule') e per quella di Spengel (che dà al *dicare initium iuris dictionis* valenza solo religiosa). Quanto alla ricostruzione di Blumenthal, essa implica correzioni in numero eccessivo alla versione attestata nei codici seriori: l'aggiunta di *<ex>* prima di *sacrificio* e di *<eb>* tra *dic* e *at*; inoltre l'impiego di *ex* con l'ablativo per esprimere l'idea della posteriorità (dopo il sacrificio) sarebbe alquanto singolare (trovando conforto solo in Cic. *Brut.* 318); né, del resto, pare seguibile la versione modificata di Santalucia che (pur sempre

pater (la quale, sotto il profilo formale, si schematizzava in una struttura di *rogatio* da parte del pontefice al popolo, cui seguiva il *suffragium* delle curie che, *vocatae in comitatum*, e non *in contionem*, esercitavano un ruolo attivo¹⁸⁴), atteso che con quest'ultima figura negoziale, verisimilmente, il cittadino romano, attraverso al creazione di un vincolo agnatizio iure e non sanguine, in quanto *'orbis'*, si precostituiva un continuatore della stirpe e, quindi, sotto il profilo religioso, un prosecutore dei *sacra* famigliari e, sotto quello patrimoniale, un amministratore – per il tempo in cui il *pater* arrogante fosse defunto – del patrimonio familiare¹⁸⁵: questo sconvolgimento dell'assetto della compagine sociale

concependo il *comitiare* come 'tenere un comizio' per la repressione di crimini) intende *dicat* come congiuntivo di *dicere*, giacché essa ha contro la spiegazione varroniana di QStDF con *'quando stercus delatum fas ab eo appellatus quod eo die ex Aede Vestae stercus everritur'* ove si impiega l'indicativo *'everritur'*. Insomma se la *lectio* del codice LI, 5 del 1427 è di certo la più affidabile (cfr., sul punto, P. CIPRIANO, *'Fas' e 'nefas'*, cit., 116 ss.; B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss.; A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 378 ss.), la lettura che intende il passo varroniano come allusivo, circa al *comitiare*, al tenere da parte del re un comizio con funzioni giudicanti mi pare seppur *facillior*, assai *difficilis* da accettare. Sostenere per di più, come fa il Santalucia, che Varrone fotograferebbe una realtà istituzionale ben più antica di quella di Festo, nel quale ultimo, invece, la presenza dell'aggettivo *sacrificulus* e dell'espressione *venire in Comitium* sarebbero sintomatici della figura 'nostalgica' del re che, ridotto *ad sacra*, non avrebbe più diretto il processo criminale, ma si sarebbe recato, a mo' di fantoccio, in una festa oramai 'incolore' dinanzi i trenta littori, significa non non tener conto dei seguenti fatti: che Paolo Diacono (VIII secolo d.C.) lavora sull'opera di Festo, che Festo si è ispirato ai libri *de verborum significatu* di Verrio Flacco, che questi ha fatto capo a materiale varroniano (cfr. A. GUARINO, *Giusromanistica*, cit., 245). Insomma, significa sia dimenticare che Varrone è la fonte di Paolo Diacono, sia non prendere in considerazione l'ipotesi che, in verità, non vi sia alcuna stratificazione nelle due letture, ma che entrambe tentino di dar forma e sostanza ad una medesima attività presa in esame con riguardo *grosso modo* ad un medesimo lasso temporale, attività di cui nel secondo e nel primo secolo a.C. si andava cercando il significato primevo in una operazione di archeologia dei significati della cui difficoltà la fumosità tanto della versione varroniana quanto di quella flaccana (e paolo-festina) era testimone. Ancora, se assumiamo, comparando QStDF, *'quando stercus delatum fas ab eo appellatus quod eo die ex Aede Vestae stercus everritur'* (vd. Varr. L.L. 6.32; Ovid. *fast.* 6.711-714; Fest. voce *Q.S.D.F.* 310 Lindsay; Paul.-Fest. voce *Quandoc stercus delatum fas* 311 Lindsay; sul 15 giugno, cfr. D. SABBATUCCI, *La religione*, cit., 250 s.) con QRCF, *'quando rex comitiavit fas'*, prestando particolare attenzione alla varroniana *'quod eo die rex sacrificio ius dicat ad Comitium ad quod tempus est nefas, ab eo fas'*, non possiamo che concludere nei seguenti termini. 1) Come *everritur, dicat* è terza persona singolare dell'indicativo; pertanto il verbo non è *dicere* ma *dicare* (nel senso di *'indicare'*, *'nuntiare'*, cioè *'proclamare solennemente'*: Varr. 6.61; Non. 287.28; Lucil. 1009 s.); 3) *ius*, quale oggetto del *dicare* (come *stercus* è oggetto del *deferre/everrere* da parte delle Vestali), riferendosi Varrone alla figura del *rex sacrorum*, non può identificarsi con la giurisdizione criminale (e se pure lo si volesse riferire al *rex*

(successione universale *inter vivos* che determinava l'inglobamento patrimoniale-religioso di un intero gruppo, quello dell'arrogato, entro quello dell'arrogato) era tanto da necessitare l'intervento di un comizio che non fosse tuttavia mero uditore della manifestazione di volontà dei due cittadini, ma effettivamente, con funzione deliberante, si pronunciasse sulle *rogationes* involte nel negozio¹⁸⁶. In un sistema contraddistinto dal ridotto numero degli strumenti giuridici e dalla tipicità¹⁸⁷, quindi, constatare già solo che il testamento comiziale aveva luogo *in contione*, ossia senza la forma della suvvisa sequenza 'domanda di un cittadino', 'pronuncia dell'assemblea', a mio modo di vedere, implica *ipso iure*

optimo iure, invero, *dicere il ius* non avrebbe come esclusivo possibile significato quello processual-criminalistico, ma pure quello 'nomopoietico' attinente alle *leges regiae*). 2) Come in QStDF il *fas* ha inizio solo una volta che le Vestali abbiano concluso la pulitura del tempio di Vesta, così in QRCF il *fas* ha inizio quando il *rex* ha terminato di *comitiare*; ma se a *comitiare* si attribuisce il senso di 'tenere un comizio', allora bisogna concludere, assai inverosimilmente, che lo stesso *iudicare* si sia svolto in tempo nefasto; cfr., sul punto, J. PAOLI, *La notion*, cit., 125; inconcludente mi pare sul punto l'acritica asserzione di P. CIPRIANO, '*Fas*' e '*nefas*', cit., 111, là ove òa studiosa ritiene che non abbiamo «elementi sufficientemente probanti per rifiutare di porre in tempo nefasto quest'assemblea regia», sicché «dobbiamo accettare questa sua collocazione» benché essa sia una «mostruosità giuridica»; vd., altresì G. WISSOWA, *Religion*, cit., 435, 512 nt. 4., 517 nt. 5; A. ROSENBERG, voce *Rex sacrorum*, cit., 116 ss., i quali riconoscono l'assurdo di un'assemblea in tempo nefasto; A. MAGDELAIN, '*Quando rex comitiavit fas*', cit., 5 ss., pensa alla conciliabilità del '*dicare*' con il 'tempo nefasto', attribuendo all'assemblea in questione una funzione non deliberante: ma ciò significa non tener conto del fatto che l'*agere cum populo* del re si situerebbe comunque nel *nefas*, contro Liv. 1.19.7; R. SANTORO, *Il tempo e il luogo dell'actio*, in *AUPA*, XLI, 1991, 300 ss., infine, risolve ingegnosamente l'émpasse sostenendo che il passaggio dal *nefas* al *fas* ha come linea temporale di *discrimen* il *sacrificium*: ma anche questa soluzione non pare seguibile atteso che lo studioso, oltre a proporre una singolare traduzione di <ex> *sacrificio* con «dal momento del sacrificio», mette in bocca a Varrone parole da lui non dette in quanto è sino al *tempus* dell'*comitiare* (*sacrificium* + *ius dicare*) che il giorno è *nefas* (*ad quod tempus nefas*). 3) Il sostantivo *Comitium* al singolare, molto probabilmente, viene impiegato in senso toponomastico e non come allusivo dell'assemblea, come è invece per *comitia* e per *comitiatus* (cfr. Paul.-Fest. voce *Comitium* 38; Varr. *L.L.* 5.155; vd. F. GRELLI, voce *Comitia*, cit., 602; **voce Comitium**, in *TLL*, III, Lipsiae, 1906-1912, 1802).

¹⁵³ Cfr. J. PAOLI, *La notion*, cit., 125; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, cit., 117, nt. 3, sulla scorta di Paolo Diacono, legge il varroniano *dicare ad Comitium* come *discendere ad Comitium*. L'adesione alla lettura paolina per l'interpretazione del più antico *comitiare* come 'recarsi all'assemblea' è da escludersi per ragioni linguistiche: quale 'denominativo' della prima coniugazione (tema in -a), il nostro verbo può esprimere rispetto a *comitium*, suo sostantivo di base, o la qualificazione del soggetto grammaticale (*rex*) attraverso la nozione di base, o la realizzazione da parte di detto soggetto della nozione di base: sicché se prendiamo come senso primo di *comitium* quello di 'luogo della assemblea', scioglieremo QRCF in 'quando il re ha realizzato il luogo

eterogeneità dello scopo: il testamento comiziale era cioè 'sostanzialmente altro' rispetto alla *adrogatio* (ossia non si risolveva affatto in un 'Arrogationstestament'), giacché esso era 'strutturalmente altro', e quindi non era teleologicamente teso a creare un vincolo di *adgnatio* artificiale¹⁸⁸.

Se, di poi, la *adrogatio* determinava - come si è detto - spostamenti sacrali e patrimoniali tali da dover essere approvati dai quiriti convocati con funzione deliberante, è giocoforza ritenere che il testamento comiziale, implicando unicamente un ruolo passivo di questi ultimi (giacché la presenza del comizio era giustificata solo dalla necessità di pubblicare una determinata

dell'assemblea'; se prendiamo come senso primo di *comitium*, invece, quello di 'assemblea' o, meglio, di 'riunione/convergenza in un medesimo luogo del popolo', avremo 'quando il re ha realizzato (ha fatto sì che si realizzasse) l'assemblea'. La prima versione è, *in re ipsa*, soluzione da escludersi (P. CIPRIANO, 'Fas' e 'nefas', cit., 115); la seconda è accettabilissima purchè, a mente di quanto detto in tema di tempo nefasto, si intenda 'quando il re ha provocato/convocato il *comitium*', obliterandosi il senso di *comitia habere* (sostnuto, *in primis*, da A. VON BLUMENTHAL, *Zum römischen Religion*, cit., 271 ss.; B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss.; P. CIPRIANO, 'Fas' e 'nefas', cit., 115 s.; nonché da A. MAGDELAIN, 'Quando rex comitiavit fas', cit., 6, che a sostegno della tesi che «le mot est évidemment juridique, il s'agit d'une manière général de la tenue des comices», cita Ps.-Asc. *verr.* 1.30 dove si afferma che i tribuni militari sono 'comitiati' in quanto '*Romae comitiis designantur*': l'uso di *comitiare* al passivo con soggetto grammaticale 'tribuni', invece, non pare provare alcunché).

¹⁵⁴ Nonostante sia criticabile per gli aspetti sopra visti, giunge a identificare il *comitiare* con il *kalare* pure O. HIRSCHFELD, *Antiquarisch-Kritische Bemerkungen*, cit., 470.

¹⁵⁵ Essendo una lista 'comiziale' e non 'conciliare', in età predecemvirale, tale sistema forse non avrebbe giovato ai rappresentanti della plebe, i quali avrebbero condotto davanti ai *concilia tributa plebis* - privi di ogni competenza in materia secondo la *civitas* - il violatore della *sacrosanctitas* tribunizia (Dion. Hal. 10.39.4; 10.42.3-4; 10.31.3-32.1), «sia per dare ampia risonanza al caso, sia appunto per evitare che l'uccisore di quello fosse incolpato di omicidio dagli organi della *civitas*» (essendo evidente la pressione che su questi, di esclusiva provenienza patrizia nell'età in considerazione, dovevano esercitare le deliberazioni dell'intera plebe, adottate naturalmente senza l'intervento dei pontefici, come sottolinea anche R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 497).

¹⁵⁶ Cic. *Sest.* 30.65: *cum ... XII tabulis sanctum esset ut neque ... liceret, neque de capite nisi comitiis centuriatis rogari* (cfr., altresì, *Sest.* 34.73: *de capite ... iudicari ... nisi comitiis centuriatis*); *rep.* 2.36.61: *de capite civis Romani nisi comitiis centuriatis statui vetaret*; *leg.* 3.19.44: *tum leges praeclarissimae de duodecim tabulis tralatae duae, quarum altera ... altera de capite civis rogari nisi maximo comitiatu vetat*; *ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt*; *leg.* 3.4.11: *de capite civis nisi per maximum comitiatum ... ne ferunto*; *Salv. gub.* 8.5: *interfici ... indemnatum quemcunque hominem etiam duodecim tabularum decreta vetuerunt*. Cic. *rep.* 2.31.54: *ab omni iudicio poenaeque provocari licere indicant XII Tabulae conpluribus legibus*. Per una analisi approfondita delle testimonianze ciceroniane (anche in rapporto al problema della storicità della *lex*

manifestazione di volontà di un quirite), non comportasse affatto trasferimenti (assimilabili a quelli testé detti della arrogazione) contraddistinti da una natura tale da determinare modifiche dell'assetto dei singoli tasselli formanti la complessa compagine della *civitas*, ossia dei gruppi famigliari. Il testamento comiziale, quindi, era negozio pubblico di ultima volontà con cui si realizzava verisimilmente una successione di carattere solo 'endo-famigliare' (non coinvolgendo affatto altri gruppi): l'atto, in poche parole, con cui un *pater*, in presenza di più discendenti in linea retta maschi, indicava attraverso l'*institutio heredis* (contenuto, secondo chi

Valeria Horatia del 509 a.C.), cfr., da ultima, E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*'. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, 153 ss.; per la necessità di vedere il precetto *de capite civis* e il *ius provocationis* come due facce della medesima medaglia (peraltro solo ribaditi e non introdotti dal codice decemvirale): L. GAROFALO, *La competenza giudiziaria dei 'quaestores' e Pomp. D.1.2.2.16 e 23*, in *SDHI*, LI, 1985, 418 ss., anche in *Id.*, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 80 ss.: da cui si citerà in seguito). Cfr., altresì, Pol. 6.14.6; Plaut. *aul.* 200, *truc.* 819, *pseud.* 1232.

¹⁵⁷ Cfr. L. GAROFALO, *L' 'homo liber'*, cit., 1033 ss.; vd., altresì, B. SANTALUCIA, *Sulla legge decemvirale 'de capite civis'*, in H. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, 2005, 401 ss. (con ragguglio di fonti e di letteratura).

¹⁵⁸ Contro la singolare versione di E. GABBA, '*Maximus Comitiatus*', in *Athenaeum*, LXV, 1987, 203 ss. (secondo cui Cicerone vorrebbe solo dire che 'per i processi capitali era d'uopo assicurare la più vasta affluenza popolare'), accolta favorevolmente da M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes [BICS Supplement]*, II, London, 1996, 699 ss., cfr. le persuasive osservazioni di B. ALBANESE, '*Maximus Comitiatus*', in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, I, Madrid, 1988, 13 ss. (che si riallaccia alla tradizione che dal Mommsen intende la norma *de capite civis* come sanzione decemvirale della competenza esclusiva dei comitia centuriata a decidere delle cause capitali: T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 357 s. e nt. 3)

¹⁵⁹ Testo non valorizzato sufficientemente, a mio avviso, da L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum' fino al 300*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 1 ss. (che non crede alla preferenza da parte della plebe per i comizi centuriati, ma solo sulla base di fallaci argomentazioni che vogliono la plebe stessa un ordine 'povero' pregiudicato dall'ordinamento timocratico delle centurie), contro la persuasiva ricostruzione di B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss. Cfr., sul punto, altresì, *Id.*, *Diritto*, cit., 45 e nt. 50, che con riguardo alla norma decemvirale relativa all'*indemnatus*, parla di «norma incriminatrice», in quanto «l'uccisione di un cittadino senza regolare processo è vietata», e quindi «un tale agire ha carattere di reato»; nonché *Id.*, *Diritto*, cit., 48, che, irca la portata di compromesso tra gli ordini sociali della garanzia, scrive: «alla norma *de capite civis*» contenuta nel codice decemvirale «faceva riscontro ... l'altra norma, imposta dal patriato, che vietava di mettere a morte un cittadino che non fosse stato condannato in un regolare processo. Essa mirava ... a porre un freno all'attività dei tribunali rivoluzionari della plebe, che durante la prima metà del V secolo si erano più volte arrogati il diritto di perseguire con pena (anche) capitale

scrive, fondamentale ed esclusivo del testamento comiziale), il *suus heres*, il proprio unico successore.

Da un lato, quindi, il difetto di *sui* (*adrogatio*), dall'altro, l'esuberanza di *sui* (*testamentum*), si imponevano quali ragioni giustificative degli scopi rispettivamente dell'una e dell'altra fattispecie (ossia costituzione di un *suus* ed elezione di un *suus*).

Tale assetto pare, a mio avviso, trovare conferma in alcuni versetti delle dodici tavole che non sono affatto relativi a forme più evolute di negozi *mortis causa* (*mancipatio familiae pecuniaeque*, testamento librato), ma fotografano – sotto il profilo contenutistico e sotto quello della dialettica tra vocazione legittima e vocazione

gli esponenti della classe patrizia resisi responsabili di violazione delle *leges sacratae*, e in particolare gli ex-magistrati colpevoli di aver trasgredito ai doveri del loro ufficio, specie nell'esercizio del comando militare. L'autore dell'infrazione può ora essere chiamato dai tribuni a rispondere del proprio operato dinanzi al *concilium plebis* solo se l'accusa importa la comminazione di una pena diversa dalla pena di morte: se invece il fatto è punibile con pena capitale, deve necessariamente farsi luogo al processo comiziale, in cui il tribuno, al pari dei *quaestores* nei processi di loro competenza, opera in veste di inquirente e accusatore». Cfr., anche, L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di 'homo sacer'*, in *SDHI*, LXXIII, 2007, 431; B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari plebei. A proposito di un libro recente*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Milano, 2007, 256, 269 ss.

¹⁶⁰ Oltre a Garofalo () e Santalucia (B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari plebei*, cit., 256 ss.) che si occupano in via esclusiva dei processi criminali conciliari, hanno attribuito la qualifica di 'rivoluzionaria' all'attività dei tribuni plebei (e quella della plebe stessa), sulla scorta di Mommsen, E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni in Roma dal 133 all'88*, in *Labeo*, IX, 1963, 57 ss., 211 ss.; F. De Martino, *Storia*, I, cit., 340 ss.; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli 1975, 15 ss., 259 ss.); G. GROSSO, *Appunti sulla valutazione del tribunato della plebe*, cit., 158 s.; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, cit., 106 ss. Per il concetto di rivoluzione, imprescindibile è R. SYME, *La rivoluzione romana*, trad. it., Torino, 1962, *passim*); M.A. LEVI, *'Rivoluzione romana'*, in *Rendiconti. Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, CCCXCIV, 1997, 221 ss.; vd., altresì, AA.VV., *Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica*, in *Index*, III, 1972, 153 ss.; AA.VV., *Stato e istituzioni rivoluzionarie in Roma antica*, in *Index*, VII, 1977, 3 ss.; *La rivoluzione romana. Inchiesta tra gli antichisti*, Napoli, 1982.

¹⁶¹ Cfr. G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies from their Origins to the End of the Republic*, New York, 1968, 267 ss.; L. GAROFALO, *Ancora sul processo comiziale 'de capite civis' (A proposito di un recente studio)*, in *SDHI*, LIV, 1988, 305 s. e nt. 78 (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 186 s. e nt. 78, donde si citerà di seguito). Sotto questo profilo, pertanto, la legge decemvirale trascende le finalità della legge di Valerio Publicola, che non aveva lo scopo primario di frenare gli eccessi dei consoli nella repressione di crimini capitali posti in essere da plebei, ma si imponeva come strumento al servizio dei patrizi (cfr. L. RODRIGUEZ ENNES, *La 'provocatio ad populum' come garanzia fondamentale del cittadino romano frente al poder coercitivo del magistrado en la época republicana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 82 ss.) Alla *provocatio* filo-patrizia

volontaria – la ben più antica realtà istituzionale rappresentata dal *tesatamentum calatis comitiis*¹⁸⁹. Ora, se uno dei pochi punti fermi su cui gli studiosi dell'antico diritto ereditario romano concordano è proprio il carattere esclusivamente familiare dell'antica successione romana (di modo che unico *heres* concepibile fosse, in pratica e in teoria, il cd. *suus*)¹⁹⁰; e se – come sopra si metteva in luce – la cd. arrogazione(-testamento)¹⁹¹, quale atto che ingenera solo *iure* lo *status* familiare di *suus*, si inserisce, a mio credere, in modo perfettamente coerente entro una logica che presuppone la impossibilità giuridica di istituire un estraneo *qua talis* come 'erede' e non si impone certo quale istituto sintomatico della logica, ben

(riconosciuta per la prima volta come *ius* con Valerio Publicola ai primordi della *libera res publica Romanorum*), peraltro, si accostava – con finalità simili, ma indirizzate in senso inverso – la *auxilii latio plebea adversus consules* (abbozzo primitivo della *intercessio* tribunizia: R. LAMBERTINI, *Sull'origine e la natura dell'intercessio tribunizia*, in L. LABRUNA - M.P. BACCARI - C. CASCIONE, *Tradizione romanistica e Costituzione - Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, I, Napoli 2006, 613 ss.), atteso che «il *ius provocationis* riconosciuto al plebeo ... doveva ridursi il più delle volte a una garanzia meramente platonica» (B. SANTALUCIJA, *Alle origini*, cit., 65, nt. 52): vero è, infatti, che fin dal 494 a.C. i plebei unilateralmente riconobbero mediante *lex sacrata* e *iusiurandum* (cfr., *in primis*, Dion. Hal. 6.89.3-4) la 'sacrosantità' dei loro tribuni e, in forza di essa, questi organi supremi dell'ordinamento plebeo esercitarono *in nomine plebis* (poi *in nomine populi*) il loro potere 'di fatto' e (cfr. Liv. 3.11.1-2; Pol. 16.1.5) onde sottrarre i membri della *plebs* dagli «atti di persecuzione giudiziaria da parte dei magistrati» (F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 358); potere che verrà istituzionalizzato nella *intercessio*, entro la costituzione repubblicana più matura, conformata al compromesso licinio-sestio.

¹⁶² Per la sacrosantità dei tribuni vd., anzitutto, Cic. *leg.* 3.9: *Plebes quos pro se contra vim auxilii ergo decem creassit, ei tribuni eius sunt, quodque ii prohibessint quodque plebem rogassint, ratum esto; sanctique sunt neve plebem orbam tribunis relinquonto. Fest. voce Sacratae leges (422 Lindsay): Sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui[c]quid adversus eas fecerit, sacer alicui deorum + sicut + familia pecuniaque. Sunt qui esse dicant sacratas, quas plebes iurata in monte Sacro sciverit; vedi anche: Fest. voce Sacrosanctum (422 Lindsay): Sacrosanctum dicitur, quod iure iurando interposito est institutum si quis id violasset, ut morte poenas penderet. Cuius generis sunt tribuni plebis aedilesque eiusdem ordinis; quod adfirmat M. Cato in ea, quam scripsit, aedillis plebis sacrosanctos esse; Paul.-Fest. voce Sacrosanctum (423 Lindsay): Sacrosanctum dicebatur, quod iureiurando interposito erat institutum, ut, si quis id violasset, morte poenas penderet; Paul.-Fest. voce Sacratae leges (423 Lindsay): Sacratae leges dicebantur, quibus sanctum erat, ut, si quis adversum eas fecisset, sacer alicui deorum esset cum familia pecuniaque. Entro una sterminata bibliografia, cfr.: O. LICANDRO, 'Plebiscitum Trebonium de tribunis plebis decem creandis'? Note sul tribunato della plebe nel V sec. a.C., in *Iura*, XLVII, 1996, 166 ss.; F. SINI, Interpretazioni giurisprudenziali in tema di inviolabilità tribunizia (a proposito di Liv. 3,55,6-12), in *Ius Antiquum*, I, 1996, 80 ss.; W. EDER, *Zwischen Monarchie und Republik: das Volkstribunat in der frühen römischen Republik*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Convegno sul tema: Bilancio critico su Roma arcaica fra monarchia e repubblica. In memoria di F. Castagnoli* (Roma,*

meno antica, della libertà testamentaria (talché, non può certo considerarsi il 'trait d'union' tra la fase più remota di successione dei soli *sui* e quella più recente in cui anche l'estraneo *lato sensu* è ammesso a succedere a *testato*)¹⁹²; se è vero tutto ciò, allora, non mi pare affatto sostenibile - e ciò contro una ampia parte della dottrina¹⁹³ - che già all'epoca decemvirale sia da riconnettere il riconoscimento da parte del sistema romano della istituibilità come *heres* di un soggetto non facente parte della cerchia familiare più ristretta. Il codice, invero, contempla ancora in Tab. 5.3-4 unicamente la più antica forma testamentaria (ossia quella comiziale) e la connota, senza eccezioni, con la unica *causa* tipica

3-4 giugno 1991), Roma, 1993, 97 ss.; J. L. HALPERIN, *Tribunat de la plèbe et haute plèbe (493-218 av. J.-C.)*, in *RHDEF*, LXII, 1984, 161 ss.; G. LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano, 1982, 51 ss., 121 ss.; *Id.*, *Fondamento e natura del potere tribunizio nella storiografia giuridica contemporanea*, in *Index*, III, 1972, 235 ss.; *Id.*, *Plebei magistratus, patricii magistratus, magistratus populi Romani*, in *SDHI*, XLI, 1975, 245 ss.; M.A. LEVI, *Il valore strumentale del tribunato della plebe sino alla tribunicia potestas imperiale*, in *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane*, Milano, 1978, 3 ss.; L. PERELLI, *Note sul tribunato della plebe nella riflessione ciceroniana*, in *Quaderni di storia*, V.10, 1979, 285 ss.; F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe dalla 'lex Hortensia' alla 'lex Cornelia'*, Lanciano, 1901, *passim*; E. Lefèvre, *Du Rôle des Tribuns de G.* NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano, 1932; *Id.*, *I fasti dei tribuni della plebe*, Milano, 1934; J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik. Studien zu seiner Entwicklung zwischen 287 und 133 v. Chr.*², München, 1968; R.T. RIDLEY, *Notes on the Establishment of the Tribunate of the Plebs*, in *Latomus*, XXVII, 1968, 535 ss.; S. MAZZARINO, *Sul tribunato della plebe nella storiografia romana*, in *Helikon*, XI-XII, 1971-1972, 99 ss. (in *Index*, III, 1972, 175 ss.); G. GROSSO, *Sul tribunato della plebe*, in *Labeo*, XX, 1974, 7 ss.

¹⁶³ L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 187. Sul punto mi sembra opportuno precisare quanto segue. Anzitutto merita di essere ricordato - già ne abbiamo trattato *supra* - come numerose fonti attestino una embrionale competenza dei comizi curiati rimontante all'età regia in tema di *iudicatio* criminale; in secondo luogo, quanto all'epoca repubblicana, in connessione ai rapporti tra la legge Valeria del 509 a.C. e il codice decemvirale, nonché al problema della identificazione dell'assemblea competente a giudicare *de capite civis Romani*, il mio pensiero si discosta dalla ricostruzione dell'eminente romanista in alcuni punti, ferma la generale condivisione di fondo del suo pensiero. *In primis* sono propenso a credere, se non *in toto* prestando fede ai minimi dettagli fornitici dalle fonti, alla convergenza di numerose e varieguate attestazioni dell'esistenza di un provvedimento autoritativo - a prescindere dal fatto che esso possa configurarsi effettivamente come legge rogata ai comizi centuriati (cfr., in tema, L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum' fino al 300*, in *Iura*, XXXIV, 1983, 1 ss., le cui notazioni non sono criticate da L. GAROFALO, *In tema di 'provocatio ad populum'*, cit., 50 s., ma solo presentate in via ipotetica) collocabile ai primordi dell'età repubblicana e dalla tradizione tramandato con la dizione di *lex Valeria*. Di un vero *ius provocationis* istituito a conferma di prassi pregresse troviamo chiara traccia in Liv. 2.8.2, Plut. *Publ.* 11.3, Flor. 1.9.4, Val. Max. 4.1.1, Flor. 1.9.4, Cic. rep. 2.31.53, rep. 1.40.62, *accad. pr.* 2.5.13; Dion. Hal. 5.70.2, 5.19.4, 6.58.2, 7.41.1, 7.52.1-2; Auct. *vir. ill.* 15; Pomp. *lib. sing.*

consistente - come si dirà meglio più avanti - nella elezione tra più *sui* di un *heres*: in presenza di membri della *familia* sottoposti immediatamente al potere del *pater*, quest'ultimo, a mio avviso, non avrebbe potuto mediante testamento comiziale istituire direttamente un estraneo, giacché la libertà testamentaria era incardinata entro i limiti ristretti di un '*legare*' che, lungi dall'essere contenutisticamente tanto ampio quanto nel terzo secolo d.C. intendeva Pomponio (D. 50.16.120). Al più, con un più complesso *iter*, solo una volta preconstituitosi un nuovo *suus* mediante *adrogatio* (ove, ovviamente, i quiriti avessero consentito con il loro *suffragium*), mediante un *testamentum calatis comitiis*, il *pater*

enchyr. D. 1.2.2.16, 23 (e ciò sia contro le tesi ipercritica di chi ascrivono il principio di *provocatio* alla legge Valeria del 300 a.C.: L. AMIRANTE, *Sulla 'provocatio ad populum'*, cit. 1 ss.; A. MAGDELAIN, *De la coercion capitale du magistrat supérieur au tribunal du peuple*, in *Labeo*, XXXIII, 1987, 139 ss.; G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell' 'imperium' nella repressione penale*, Torino, 1939, 6 ss., A. HEUSS, *Zur Entwicklung des Imperiums der rischen Oberbeamten*, in *ZSS*, LXIV, 1944, 114 ss.; E.S. STAVELEY, '*Provocatio*' during the Fifth and Fourth Centuries B.C.', in *Historia*, III, 1956, 414 ss.; J. BLEICKEN, *Ursprung und Bedeutung der Provocation*, in *ZSS*, LXXVI, 1959, 356 ss.; J.A.C. THOMAS, *The Development of Roman Criminal Law*, in *LQR*, LXXIX, 1963, 229; J. MARTIN, *Die Provokation in der Klassische un späten Republik*, in *Hermes*, XCVIII, 1970, 74; A.W. LINTOTT, '*Provocatio*'. *From the Struggle of the Orders to the Principate*, in *ANRW*, I.2, 1972, 227 ss.; R.A. BAUMAN, *The 'lex valeria de provocatione' of 300 B.C.*, in *Historia*, XXII, 1973, 34; C.H. BRECHT, *Zum römischen Komitialverfahren*, in *ZSS*, LXIX, 1939, 261 ss.; sia contro chi pensa alle XII tavole come fonte prima di tale *ius*: H. SIBER, *Römisches Verfassungsrecht in geschichtlicher Entwicklung*, Lahr, 1952, 45 ss.; U. BRASIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, in *Scritti Novene*, Napoli, 1954, 450; sulla storicità della *lex Valeria* del 509, rimando infine alle ampie argomentazioni di E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 39 ss.). Dalle fonti testé citate mi pare lecito ricostruire un sistema predecemvirale *de capite civis* tale per cui da un lato espressamente si prevedeva il divieto rivolto alla sola magistratura suprema della *civitas* di metter a morte (ossia *animadvertere* o *ius dicere* secondo la duplice testimonianza pomponiana) il *quavis de populo*, tanto patrizio quanto plebeo (cfr., altresì, *Cic. leg.* 3.3.6; D. 1.2.2.2.6), e la contestuale competenza del popolo a giudicare con un proprio *iussus* intorno al *caput civis Romani*, dall'altra la previsione del diritto universale di *provocare ad populum* avverso gli usi arbitrari dei consoli del loro potere coercitivo (sì da provocare, appunto l'instaurazione di un *iudicium populi*, attivato e condotto o dal magistrato o dai questori): un sistema, seppur formalmente a garanzia di tutti i componenti della *civitas*, plebei compresi, essenzialmente 'filo-patrizio', come attesterebbero direttamente il caso di Volerone di Liv. 2.55.4-11 (che ben può intendersi come esempio di difficoltà per il plebeo di paralizzare l'atto coercitivo magistratuale) e, indirettamente dall'episodio di Bruto come tradito secondo la versione di Liv. 2.5.5-8; Dion. Hal. 5.8-13; Val. Max 5.8.1 (caso che può interpretarsi come una grave frattura, deprecabile per il patriziato stesso, della prassi del giudizio popolare): cfr. G. CRIFÒ, *Alcune osservazioni in tema di 'provocatio ad populum'*, in *SDHI*, XXIX, 1963, 290; B. SANTALUCIA, *Lo sviluppo del processo criminale e le leggi 'de provocatione'*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 104 ss.; L. GAROFALO,

avrebbe potuto concentrare la propria volontà di successione su detto *suus* 'artificiale'.

Anzitutto va premesso – come già si preannunciava – che il congiuntivo perfetto *legassit* (che, come ricaviamo da Gai 2.224, è sinonimo di *testatus esset*)¹⁹⁴ e l'ablativo *intestato*, rispettivamente in Tab. 5.3 (che leggo, secondo, la versione che più mi sembra fedele all'originale, quale corre nella riproduzione di *Rhet. ad Her.* 1.13.23 e Cic. *inv.* 2.50.48)¹⁹⁵ e Tab. 5.4 (ancora una volta secondo la preferibile lectio retorica, come meglio si approfondirà, di seguito)¹⁹⁶ fanno riferimento, secondo chi scrive, al solo testamento

Ancora sul processo, cit., 177, 182 s.). Ora, il fatto che le fonti costantemente parlino di provocazione al popolo (senza specificare il tipo di assemblea), se si aderisce alla tesi della consolidazione 'non innovativa' nella cd. *lex de provocatione* del 509 a.C. di prassi monarchiche (cui lo stesso Garofalo dà credito: L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 177) e se interpretiamo la *lex sacrata* di cui a Cic. *Sest.* 30.65 (che, appunto, avrebbe previsto una competenza centuriata in materia criminale *de capite civis*) come un atto di opposizione all'ordine cittadino, credo sia altamente probabile la conseguenza – in opposizione alla congettura di Garofalo e di Capanelli (L. GAROFALO, *In tema di 'provocatio ad populum'*, cit., 53; D. CAPANELLI, *Appunti sulla 'rogatio agraria' di Spurio Cassio*, in F. SERRAO [ed.], *Legge e società nella repubblica romana*, I, Napoli, 1981, 44) – che l'assemblea cittadina del provvedimento di Valerio Publicola rimanga quella delle curie, sebbene si possa certo condividere l'assunto secondo cui «consoli e questori si fossero talora attenuti già prima delle XII tavole, spinti se non altro dal timore delle conseguenze collegate alle violazioni delle leggi *sacratae*» all'instaurazione del *iudicium populi* dinanzi alle centurie stesse, come probabilisticamente nel celebre caso di Spurio Cassio (L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 180, nt. 52). Sicchè, da un lato, riterrei in linea di principio curiati i processi predecemvirali non rivoluzionari (contro i complici dei figli di Bruto: Plut. *Publ.* 3-7; Zon. 7.12; Flor. 1.9.5; contro M. Volscio Fittore: Liv. 3.131-3; 3.24.3-7; 3.25.1-3; 3.29.6; Dion. Hal. 10.7.1-4; 10.8.4; nei casi di *provocatio*: Liv. 2.27.12; 2.55.4-11; Dion. Hal. 9.39), dall'altro non esiterei a credere che, *in subiecta materia*, una prima innovazione delle XII tavole sia stata la cittadina (e non più solo plebea) attribuzione ai comizi centuriati dei processi capitali (cfr., in tema, nel senso qui sostenuto con argomneti diversi dai miei: B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss.).

¹⁶⁴ L'espressione, invero, si rinviene in Pomponio (D. 1.2.2.23) con riguardo alla *lex Valeria*. Tengo a menzionare, in proposito, la singolare interpretazione che Dario Mantovani (D. MANTOVANI, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, in *Athenaeum*, LXXVIII, 1990, 19 ss.; *Id.*, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana: una risposta*, in *Athenaeum*, LXXIX, 1991, 611 ss.) ha attribuito alla locuzione '*res capitales*': si tratterebbe di condotte illecite qualificate espressamente dalle *leges publicae populi Romani* come passibili di pena di morte e per le quali i questori e, poi, i pretori sarebbero stati investiti di una funzione di 'giurisdizione', da intendere in senso ampio e magmatico, concretata entro un processo pubblico gestito integralmente, da detti magistrati, dalla instaurazione *ex officio* alla pronuncia ed esecuzione del verdetto inappellabile (cfr. *Id.*, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana*, cit., 31, ntt. 42 s., che cita Aug. *civ. Dei* 2.9; Sall. *Catil.* 52.36; Gell. 7.10.2; Plaut. *merc.* 611-

comiziale¹⁹⁷: nonostante siano molteplici i riferimenti dottrinali di queste due *leges* alla *mancipatio familiae* (che addirittura si colloca da parte di taluni in epoca pre-decemvirale)¹⁹⁸, a mio credere, se si tiene in debito conto sia il fatto che la *mancipatio* è negozio che presuppone una - seppur non sviluppata - economia 'monetaria' (e che, pertanto, essa non può considerarsi affatto, anche quale negozio non causalmente astratto, un istituto alto-arcaico¹⁹⁹), sia che il suo impiego fiduciario *nummo uno* (ossia a prezzo simbolico) è, di certo, conseguente al passaggio ad una più raffinata economia a moneta coniata e all'affermarsi di un pensiero giurisprudenziale già profondamente competente nella tecnica di

613; *most.* 475-482; *mil.* 293-297); di contro il popolo sarebbe stato competente solo per la repressione con la sanzione estrema di condotte 'politiche' non tipizzate legislativamente (*perduellio*). Così la *provocatio* sarebbe stata concessa qualora un magistrato avesse esplicito il suo potere di *ius dicere de capite civis Romani* (o *animadvertere in caput civis Romani*) in assenza di un *iussus populi* (D. 1.2.2.23) nel senso di 'pronunzia legislativa incriminante'. Ma, per vero, le penetranti notazioni critiche contenute in L. GAROFALO, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana?*, in *SDHI*, LVI, 1990, 366 ss. (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 241 ss.) e in *Id.*, *Il pretore giudice criminale in età repubblicana? In margine a una risposta*, in *SDHI*, LVII, 1991, 402 ss. (nonché in *Id.*, *Appunti*, cit., 287 ss.), condotte sulla scorta di *Pol.* 6.14.6, *Plaut. aul.* 700; *pseud.* 1232; *truc.* 819, nonché della tradizionale interpretazione dell'ablativo *iniussu populi*, sembrano anche a me tali da poter comprovare, contro l'opinione di Mantovani, la *communis opinio* (cfr., per una rapida ed implicita conferma degli argomenti addotti da Garofalo, B. SANTALUCIA, *Diritto*, cit., 90 ss., che invero parla, alla nt. 73, anche di «equilibrate osservazioni» con riguardo alla valutazione della discussione operata da A. GUARINO, *I romani, quei criminali*, in *Labeo*, XXXIX, 1993, 234 ss., nonché in *Id.*, *Pagine di diritto romano*, VII, Napoli, 1995, 169 ss.).

¹⁶⁵ *Contra*: B. SANTALUCIA, *Il processo nelle XII Tavole*, cit., 249 ss.; *pro*: L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 188 (sulla base di 3.56.5-13).

¹⁶⁶ Ovviamente, a meno che non si voglia attribuire ai decemviri addirittura il potere di stabilire, in modo innovativo rispetto alle immemorabili discipline regolanti i rapporti tra la comunità divina e la *civitas Romanorum* (entrambe parti del medesimo ordine universale, secondo *Cic. leg.* 1.23, su cui vd. P. CATALANO, *'Una civitas communis deorum atque hominum': Cicerone tra 'temperatio reipublicae' e rivoluzioni*, in *SDHI*, LXI, 1995, 724) a partire da quale momento un *homo* fosse da considerarsi appartenente alla divinità (se uno credesse alla necessità del *iudicium* popolare culminante in una pronuncia costitutiva), ovvero a partire da quale momento la divinità fosse ammessa dalla *civitas* degli uomini a dar morte ad un *homo* a lei già appartenente (se uno credesse alla necessità del *iudicium* popolare culminante in una pronuncia di mero accertamento). Già altri, invero, hanno rimarcato la portata non innovativa (o solo marginalmente novellante) del codice dei decemviri addirittura con riguardo al solo diritto umano (il che, amio avviso, renderebbe assai improbabile una modifica così radicale, come quelle testé supposte, in tema di sacertà, all'ordine preesistente). Quel che mi par lecito ritenere è che dall'oralità (segreta) dei *responsa* e dalle manipolazioni *in iure* si passava al 'mutismo' (pubblico) della parola scritta, dalla oscurità dei *penetralia* alla trasparenza delle *tabulae roburae*: la vera novità delle XII tavole, insomma, era - per citare M.

modificare – ferma restando la struttura negoziale – antichi istituti di modo da piegarli alle nuove esigenze (con una inevitabile modulazione della *causa* che astragga dalle forme), è giocoforza ritenere che i decemviri non si occupassero affatto del ‘testamento’ mancipativo, vuoi nella sua forma di *emptio* traslativa del solo patrimonio nella duplice composizione di *familia pecuniaque* (e non, invece, istitutiva del titolo di erede)²⁰⁰, vuoi, a più forte ragione, nella sua più recente forma ‘*dicis gratia*’ e ‘*propter iuris veteris imitationem*’ di vero e proprio *testamentum per aes et libram*²⁰¹.

TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 107 – il «fatto stesso della codificazione» (vd., sul punto, altresì, la bella trattazione di A. SCHIAVONE, ‘*Ius*’. *L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 74 ss.; cfr., inoltre, per la tesi che nega la portata innovativa del codice P. STEIN, ‘*Regulae iuris*’, Edinburgh, 1966, 3 ss.). Se, a posteriori, le *leges* delle XII Tavole, in un’ottica di appiattimento storico, che non è troppo discara allo spirito romano, vennero immedesimate nel blocco civilistico, anzi furono considerate come un *fons omnis*, un caposaldo di carattere generale, dello stesso (nonché del successivo *ius publicum*), non credo che esse nel quinto secolo siano state percepite come ‘formante’ del *ius* (divino o umano). Da un lato v’era il modello aristocratico, tradizionale, squisitamente romano, essenzialmente a formazione consuetudinaria-giurisdizionale-interpretativa del *ius* (che non è, inteso oggettivamente, integrante tutto l’ordinamento statale, ma si risolve solo in ciò che involge le relazioni *inter privos*, in quanto ciò che Ulpiano avrebbe chiamato *ius publicum*, alle origini non era affatto qualificabile in termini di *ius*); dall’altro si poneva un nuovo modello del tutto estraneo all’indigeno e primevo *ius*, un modello ‘democratico’ (non perché approvato formalmente dal popolo, in quanto ‘ottriato’, ma perché tendenzialmente isonomico: A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 220), di impronta greca, scritto: prendeva piede il paradigma della *lex*, non fonte aperta di *ius*, ma dichiarazione certa dello stesso e, talora, sua ‘novella’ come ordine ‘altro’ e ‘parallelo’ (cfr. sulla ‘estraneità’ delle *leges* al *ius civile*, E. EHRLICH, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, 1902, 172 ss.; P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, I, 1947, 192 ss.; *contra*, vd. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, 30 ss.). Le XII Tavole si sono imposte, essenzialmente, come strumento operante al di fuori dei meccanismi (interni) di creazione tradizionale del *ius*, ossia come un paradigma di rottura circa il modo di conoscere il pregresso *ius* (tendenzialmente in modo esaustivo) e non circa il modo di produrre nuovo *ius* (anche se innovazioni vi sono state, indubbiamente, come per l’introduzione del *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, o dell’estensione del precetto *de capite civis*: ma si trattava, davvero, di *ius*, in questi due casi riguardanti il processo civile e quello criminale, o piuttosto si trattava di ‘*magistratus*’, materia che, appunto, non rientrava nel *ius*?). E tutto ciò mi induce a ritenere più che plausibile l’opinione espressa in corpo di testo.

¹⁶⁷ Seguo, qui, la persuasiva interpretazione di L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, cit., 47 (con esplicito riguardo a Salv. *gub.* 8.5), fatta propria anche da E. TASSI SCANDONE, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’, cit., 216 ss. (che rettamente ritiene elementi militanti a questa tesi l’uso del verbo *interficere* e la presenza di *decreta* al plurale), contro il pensiero di G. PUGLIESE, *Diritto penale romano*, in

Detto questo circa le mie convinzioni circa la natura degli istituti disciplinati in Tab. 5.3-4, va precisato – prima di operare una personale ricostruzione – come il sistema decemvirale delle testé citate *leges* (pressoché costantemente esaminate secondo la cd. versione giuridica) sia stato oggetto delle più disparate interpretazioni.

Secondo la *communis opinio* dalla mera negazione all'*adgnatus proximus* (da intendere solo come il collaterale più vicino per grado al *de cuius*) della qualifica di *heres ab intestato* non sarebbe lecito trarsi il corollario secondo cui le leggi dei decemviri obliterino la possibilità che l'agnato venga istituito erede

Guida allo studio della civiltà romana, VI.1, Roma, 1980, 263.

¹⁶⁸ G. MARTORANA, *L'ambivalenza di 'sacer'*, in *SEIA*, I, 1984, 183 ss.

¹⁶⁹ Vd. L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 184 e nt. 76, 188.

¹⁷⁰ L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 187.

¹⁷¹ Salviano nel *de gubernatione Dei* tenta di blandire l'angoscia delle minacce delle invasioni barbariche: ma la sua prospettiva è ben diversa da quella agostiniana (che annichilisce la dialettica 'romano / barbaro' in quella 'città terrestre / città celeste') e da quella orosiana (che postula l'assorbimento dei barbari nella preminente cultura cristiano-romana). Salviano, invece, vede nella barbarie uno strumento di Dio e, nella sua visione, la duplicità antitetica 'barbaro / romano' svanisce sinteticamente nell'*unicum* dell' 'uomo' protagonista (ora attivo ora passivo) del disegno provvidenziale: cfr. M. PELLEGRINO, *Salviano di Marsiglia*, Roma, 1940; G. VECCHI, *Studi salviane*, Bologna, 1951. Cfr., per una esaustiva panoramica delle diverse interpretazioni del precetto contenuto nell'opera salviana, E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'*, cit., 210 ss. e ntt. 204 ss.

¹⁷² Mutuo l'idea da A. GUARINO, *Il dubbio contenuto pubblicistico delle XII tavole*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 323 ss.

¹⁷³ Non sarebbe qui fondato, onde corroborare la alta risalenza della necessità di un intervento popolare per la determinazione dello *status* di *sacer* di un *homo*, il richiamo a Gai 2.4: se per il giurista non si considerava '*sacrum*' ciò che non fosse stato consacrato '*ex auctoritate populi Romani*', il libro nel quale si trova detta affermazione è quello dedicato alle *res* e non alle *personae* (cfr. C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 88).

¹⁷⁴ Così credono sia B. SANTALUCIA, *Alle origini*, cit., 69 s. e nt. 77, sia L. GAROFALO, *Ancora sul processo*, cit., 189.

¹⁷⁵ Che qui si intenda *meleficium* in senso antitetico a '*beneficium*' è sostenuto da C. SANTI, *Alle radici del sacro*, cit., 111 ss. Sta di fatto che nessuna delle fattispecie di sacertà è qualificabile come *maleficium* nel senso istituzionale di illecito extracontrattuale privato (in contrapposizione a *contractus*): il che aumenta la mia convinzione che la voce sia alquanto pressapochistica quanto a terminologia giuridica. Vero è che, quanto a termini come *maleficium*, *delictum*, *crimen*, «nessuno d'essi raggiunge, neppure in età classica, un'applicazione tecnica ed esclusiva alle rispettive sfere indicate; né, d'altra parte, oltre le sfere indicate, raggiunge una generalità di significato tale da consentirne l'assunzione quale termine equivalente, senz'altro, ad 'atto illecito', in astratto» (B. ALBANESE, Voce *Illecito [storia]*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 50); cfr., inoltre, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. PESSINA (ed.), *Enc. dir. pen. it.*, rist. 1976, Roma, 18 ss.; E. ALBERTARIO, '*Delictum*' e *crimen*', in

per testamento, atteso altresì che qualora le dodici tavole non avessero riconosciuto al cittadino romano *sui iuris* il potere di istituire per testamento l'estraneo, e quindi se *heres* fosse stato il solo *suus*, fosse stata la menzione '*intestato*' sarebbe stata del tutto superflua: insomma secondo tale lettura la *lex* avrebbe subordinato la chiamata dell'agnato prossimo a una duplice condizione, ossia quella della mancanza di un testamento (condizione che, per aver senso, dovrebbe riguardare esclusivamente l'ipotesi di una successione testamentaria al di fuori della cerchia dei sui), e quella dell'inesistenza di *sui*²⁰².

Studi di diritto romano, III, Milano, 1936, 147 ss, 175; G. LONGO, '*Delictum*' e '*crimen*', Milano, 1976, 60 ss.; P. VOCI, *Recensione* a G. LONGO, '*Delictum*', cit., in *Iura*, XXVIII, 1977, 216 ss.; F. AVONZO, *La repressione penale della violenza testamentaria* (Cl. 6.34.1), in *Iura*, VI, 1995, 122; ss.; B. SANTALUCIA, voce *Pena criminale (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 734 ss.; Id., *Dalla vendetta alla pena*, in A. GIARDINA - A. SCHIAVONE (ed.), *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 439 ss.; vd., inoltre, A. BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 342 s., il quale - seguendo la via tracciata dal Longo contro l'Albertario - insiste sulla linea di demarcazione non netta tra quelle fattispecie che si qualificano comunemente *delicta* (o *maleficia*) e quelle che vengono perseguite dalla *civitas* in quanto lesive di un interesse generale; vd., in particolare, quanto alla mancata percezione nel quinto secolo a.C. di una 'categoria unitaria' del diritto penale, O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 351 ss.; Id., *Una palingenesi aperta*, in H. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 228). Va sicuramente tenuto in gran conto l'unanimità di pensiero di tutti gli osteggiatori della presa di posizione 'assoluta' dell'Albertario: non può, tuttavia, non far specie il fatto che per individuare il contegno cagionante la sacertà, così gravido di dense implicazioni e multiformi sfaccettature, si scelga, senza ulteriori puntualizzazioni tese a vivificarne almeno un poco l'immagine, lo sbiadito sostantivo in oggetto, scarno nella sua nebulosa indeterminatezza di complemento di causa che mi stride alquanto nel contesto in cui si trova quel verbo *iudicare* che i più vogliono intendere in senso tecnico.

¹⁷⁶ Va notato anzitutto che anche qui il latino giuridico di Festo è un po' zoppicante o, comunque, estraneo alle consuete costruzioni sintattiche del verbo *iudicare*, nel senso di condannare, che, appunto, si costruisce con il dativo di svantaggio della persona e l'accusativo del complemento di pena (Liv. 1.26: *iudicare perduellionem alicui*); o l'accusativo di relazione della persona e il genitivo di colpa: Gell. 20.1.47: *aliquem pecuniae*): cfr. C.T. LEWIS - C. SHORT, voce *iudicare*, in *A Latin Dictionary founded of Freund's Latin Dictionary. Revised, Enlarged, and in Great part Rewritten*, Oxford, 1879, 1015. Il verbo *iudicare* quale segno dell'attività giudicante del popolo in una con il complemento di causa introdotto da *ob* suona, invero, nella voce *festina* assai singolare. Parimenti alcuni dubbi mi sovengono quanto al tempo perfetto circa l'aspetto (momentaneo, complessivo) e circa l'impiego eventuale di 'passato generico': 'giudicò', 'ha giudicato' o 'giudicava'? Se si trattasse della usuale attività di condanna dei giudizi popolari (oramai ricordo di un tempo antico ai tempi di Festo: il che escluderebbe la corrispondenza del tempo impiegato nella voce con il nostro passato remoto o, medianet generalizzazione, con il presente: 'perfetto logico' o 'presente', 'perfetto gnomico'), mi aspetterei, ad onor del vero, un

Di contro, stando al pensiero del Solazzi, ripreso *in toto* dal Sanfilippo e con alcuni – per vero non marginali – aggiustamenti dalla Coppola²⁰³, l'esame della successione degli agnati e dei gentili, intorno alla metà del quinto secolo a.C. diritto romano, recependosi la prassi del passato, ancora avrebbe escluso l'estraneo dalla vocazione ereditaria, che si sarebbe affermata in epoca meno risalente allorché l'*heres* esse e il *familiam habere* si sarebbero fusi: secondo tali autori se è incontrovertibile che all'*adgnatus proximus* i decemviri neghino la qualifica di *heres*, sarebbe giocoforza ritenere che quest'ultima sia da escludere per il soggetto estraneo: più in particolare, con riguardo a Tab. 5.4, s'è

imperfetto che, formato sul tema dell'*infectum*, indicasse l'aspetto iterativo nel passato (*sacer* è chi veniva giudicato ...). Qui abbiamo una forma verbale che mi sembra avere – anche per quanto si dirà in merito alla struttura fondata sul parallelismo della voce – il valore assoluto di passato (perfetto storico: azione compiuta nel passato senza rapporto col presente), e palesare l'aspetto della momentaneità, e non imporsi come un 'perfetto complessivo' (durata limitata ad un periodo di tempo concluso), in quanto il *iudicare* della voce festina implica non una continuità ininterrotta (es.: il popolo giudicò per tutta la notte), ma la ripetizione di singoli atti (quelli di condanna a conclusione del processo popolare): il che esclude, per me, l'impiego anche di un perfetto generico (da tradursi con un imperfetto italiano). Su tali questioni di sintassi del verbo latino, vd. A. TRAINA - G.B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁴, Bologna, 1992, 212 ss.; A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*², Bologna, 1993, 224 ss., 236 s.

¹⁷⁷ Cfr., sul punto, J.-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, cit., 547 ss.; è a favore dell'Aventino A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Napoli, 1974, 190, conformemente a G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, II, *La conquista del primato in Italia*, 2a ed., 1960 [rist., Firenze 1964], 4 s.; *contra*: P. ZAMORANI, *Plebe genti esercito*, cit., 176 s.; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, cit., 39. Quanto alle fonti antiche, indicano il Monte Sacro: Cic. *Brut.* 54; Dion. Hal. 6.45.2; 10.35.1; Liv. 2.33.3; 2.34.10; 3.54.12; Val. Max. 8.9.1; Ascon. in *Cornel.* 67 (Kiessling et Schoell); Plut. *Cor.* 6.1; Flor. 1.23.1; Fest. voce *Sacer mons* 422 Lindsay; D. 1.2.2.20 (*Pomp. lib. sing. ench.*); Oros. *hist. adv. pagan.* 2.5.5; Liv. 3.52.1-3. Vedi anche come testimonianza epigrafica: CIL 12.1, 189: *M'. Valerius Volusi f. Maximus dictator augur primus quam ullum magistratum gereret dictator dictus est triumphavit de Sabinis et Medullinis plebem de Sacro monte deduxit gratiam cum patribus reconciliavit faenore gravi populum senatus hoc eius rei auctore liberavit sellae curulis locus ipsi posterisque admurciae spectandi caussa datus est princeps in senatum semel lectus est*. Indicano invece l'Aventino: Liv. 2.32.3; Calp. *Pis. ann. fragm.* fr. 22, 129 Peter; Sall. *bell. Jug.* 31.17; Liv. 3.54.8-9. Fanno riferimento ad entrambi i luoghi: Cic. *re publ.* 2.58; Sall. *hist.* 1, fr. 11 (= Aug. *civ. dei* 3.17); Liv. 3.61.5-6.

¹⁷⁸ È vero che in concomitanza con la prima secessione della plebe, nel 494 a.C. (contro l'ipercriticismo di J. BELOCH, *Römische Geschichte bis zum Beginn der punischen Krieg*, Berlin, 1926, 283, e di E. PAIS, *Storia critica di Roma*, I, cit., 492 ss., cfr. F. SERRAO, *Diritto Privato Economia e Società nella storia di Roma*, I, Napoli, 1984, 111 e 241; J.-C. RICHARD, *Recensione* a F. SERRAO (ed.), *Legge e società nella repubblica romana*, I, Napoli, 1981, in *REL*, LX, 1982, 438; T.J.

detto che «questa norma ... non solo subordina la chiamata dell'*adgnatus proximus* alla mancanza del testamento e all'inesistenza di lui ribadendo la priorità della delazione testamentaria e la preminenza dei suoi nella successione intestata, bensì soprattutto riserva soltanto a questi ultimi la qualifica di *heredes* usando, per l'*adgnatus proximus*, l'espressione *familiam habere*», sicché «ciò indurrebbe a pensare che eredi testamentari, ancora in epoca decemvirale, potessero essere pure unicamente i *sui*»²⁰⁴.

Nella singolare ricostruzione del Magdelain (che presuppone la vigenza in epoca decemvirale della devoluzione *ipso iure* ai *sui* del

CORNELL, *The Failure of the Plebs*, in *'Tria Corda'. Scritti in onore di A. Momigliano*, Como, 1983, 101 ss.; Id., *The Value of the Literary Tradition concerning Early Rome*, in *Social Struggles in Archaic Rome*, Berkeley, 1986, 52 ss.) il 'provvedimento' di cui in corpo di testo integrerebbe gli estremi non di un atto generale vincolante tutti i Quiriti, ma di un 'plebiscito' (C. GIOFFREDI, *Il fondamento della 'tribunicia potestas' e i procedimenti normativi dell'ordine plebeo ['sacrosanctum-lex sacrata-sacramentum']*, in *SDHI*, XI, 1945, 37 ss.), corroborato sotto il profilo religioso dal celeberrimo giuramento plebeo (Cic. *Tull.* 20.47; Liv. 2.54.9; 3.17.7; 3.32.17; 3.55.9-10; 5.11.3; 39.5.2; Cic. *Sest.* 37.79; *prov. cons.* 19.46; Fest. voce *Sacramentum*). Ma è altrettanto vero che esso fu riconosciuto come legge in vigore per tutta la *civitas* dal patriziato stesso (Liv. 2.33.1-2; 3.67.7; 4.6.7; cfr. *App. bell. civ.* 2.18 e 138; Dion. Hal. 6.89). In tema di *leges sacratae* vd.: B. LIOU-GILLE, *Les 'leges sacratae': esquisse historique*, in *Euphrosyne*, XXC, 1997, 61 ss.; G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, cit., 40 ss.; F. ALTHEIM, *'Lex sacrata'. Die Anfänge der plebeischen Organisation*, Amsterdam, 1940, *passim*; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 262 ss. Sul giuramento della plebe connesso alla *lex tribunicia prima*, vd., anzitutto, H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris, 1963, 224 ss., 240, secondo cui «le serment de la plèbe aurait donc trois noms, de même qu'il se manifeste pour ainsi dire à trois étages différents: *caerimoniae*, pour désigner la forme qu'il revêt; *iusiurandum*, sa force d'obligation; *sacrum*, la relation qu'il implique avec les dieux»; invece ad avviso di F. ZUCCOTTI, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, 41 (che contrasta, in sostanza, l'idea di R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 265 ss.; R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 314), sarebbe scorretto concepire la *sacratio* in questione come la trasgressione di un giuramento. Il pensiero dell'autore va pienamente condiviso: infatti, da una parte si pone un giuramento dal valore solamente religioso (con il quale il giurante invoca contro di sé e contro la propria stirpe la vendetta della divinità chiamata a testimone, per l'escrabile ipotesi di spergiuro); dall'altra v'è la legge umana, la quale si impone come fonte immediata della *sacratio* del soggetto che violi un determinato precetto in essa contenuta. In dottrina va rammentato pure quell'orientamento che crede a un *foedus* tra i due ordini (quasi si trattasse di un trattato internazionale) sostenuto da A. DELL'ORO, *La formazione dello stato patrizio-plebeo*, cit., 89 ss. e quello che vede la fonte della *sacrosanctitas* in arcane 'cerimonie' sacre: A.M. PIGANOL, *Les attributions militaires et les attributions religieuses du tribunat de la plèbe*, in *Scripta varia*, II, *Les origines de Rome et la République*, Bruxelles, 1973, 261 ss.); J. BAYET, *L'organisation plébéienne et les 'leges sacratae'*, cit., 149. Da ultimo va ricordato il pensiero di

patrimonio e dei *sacra*) originariamente, *heres* - come attesterebbe la etimologia - avrebbe indicato solo «l'agnat qui hérite ab intestat», ovvero sia «l'*heres extraneus* qui en l'absence de *sui*, pour acquérir la succession désormais sans maître, fait un acte d'appréhension»²⁰⁵; poi sulla base di una finzione (consistente nell'imperativo testamentario *heres esto* ed espressa dall'adagio *uti legassit ... suae rei, ita ius esto*), stando sempre allo studioso, la successione testamentaria avrebbe preso come modello la successione *ab intestato*, ossia «à l'imitation de la vocation successorale des agnats» essa avrebbe determinato la creazione artificiale di un erede esterno in assenza di *sui*. Il diritto delle dodici

coloro che affermano la necessità di postulare una legge comiziale quale scaturigine prima del potere dei tribuni: cfr. V. GROH, '*Potestas sacrosancta*' dei tribuni della plebe, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 1 ss.

¹⁷⁹ Cfr., sul punto, il seguente imprescindibile passo di Livio (Liv. 3.55.6-10: *Et cum plebem hinc provocatione, hinc tribunicio auxilio satis firmassent, ipsis quoque tribunis, ut sacrosancti viderentur, cuius rei prope iam memoria aboleverat, relatis quibusdam ex magno intervallo caerimoniis renovarunt, et cum religione inviolatos eos tum lege etiam fecerunt sanciendo, ut, qui tribunis plebis, aedilibus, iudicibus decemviris nocuisset, eius caput Iovi sacrum esset, familia ad aedem Cereris, Liberi Liberaeque venum iret. Hac lege iuris interpretes negant quemquam sacrosanctum esse, sed eum, qui eorum cuiquam nocuerit, Iovi sacrum sanciri; itaque aedilem prendi duci que a maioribus magistratibus, quod etsi non iure fiat - noceri enim ei, cui hac lege non liceat -, tamen arguendum esse non haberi pro sacrosancto aedilem; tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosanctos esse fuere); sul passo vd. F. SINI, *Interpretazioni giurisprudenziali*, cit., 90, oltre a G. ROTONDI, '*Leges publicae populi Romani*', Milano, 1912, 204 s. Importanti considerazioni sulla recezione delle disposizioni delle *leges sacratae* nelle legge del 449 a.C. in F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 349; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento*, cit., 39; vd., infine, la posizione di F. STELLA MARANCA, *Il tribunato della plebe*, cit., 21 s. (che pensa ad una restaurazione della sacrosantità mediante un'altra *lex sacrata* «nella quale furono ripetute le cerimonie religiose che erano state osservate nella prima, che così fu confermata, essendosene richiamati in vigore le prescrizioni e gli effetti»). Cfr., sulla legge del 449, in generale, D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt, 1994, 218 ss. Per una discussione sui contenuti e sulle implicazioni di tale *lex*, vd. G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, cit., 42 ss.; Id., *I fasti*, cit., 30; H. SIBER, *Die plebejischen Magistraturen bis zur 'lex Hortensia'*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für A. Schultze*, Leipzig, 1936, 36 ss.; J. BAYET, *L'organisation plébéienne et les 'leges sacratae'*, in J. BAYET - G. BAILLET (ed.), *Tite-Live. Histoire romaine, Livre III*, Paris, 1962, 145 ss.; R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy. Books 1-5*, Oxford, 1965, 502 s.; Id., *Le origini di Roma*, trad. it., Bologna, 1984, 134 s.; S. MAZZARINO, *Intorno ai rapporti fra annalistica e diritto: problemi di esegesi e di critica testuale*, in *La critica del testo. Atti del Secondo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, I, Firenze 1971, 442 ss.; J.-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéen*, Roma, 1978, 573 ss.; P. MAROTTOLI, '*Leges sacratae*', Roma, 1979, 25 ss.; S. TONDO, *Profilo di Storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 205 ss.; G. POMA,*

tavole, in presenza di *sui*, non ammetteva l'istituzione di estranei, sicché il contenuto del testamento era, in via alternativa, duplice (a seconda che *sui* fossero o meno esistenti): o eventuale nomina di un *tutor*, o istituzione di un *heres* (ché, né diveniva un *suus*, in quanto «l'institution d'héritier ... ne doit pas être assimilée à une adoption testamentarie», né *a fortiori*, era da scegliersi tra i *sui* giacché, così argomentando «l'adage decemviral sur la succession ab intestat serait rédigé avec maladresse»²⁰⁶). L'incompatibilità tra essere *heres* e essere *suus* sarebbe venuta meno coi decemviri, tuttavia, attraverso la concezione dell'*hereditas* come complesso

Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole, Bologna, 1984, 303 ss.; P. ZAMORANI, *Plebe genti esercito. Una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.)*, Milano, 1987, 347 s.; F. FABBRINI, *Sulla regola 'auspicium imperiumque'*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale. Atti del convegno di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 1984*, Napoli, 1988, 330 s.; L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova, 1989, 34 s.; *Id.*, *'Iuris interpretes' e inviolabilità magistratuale*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, XIII, 2001, 37 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 116 s.

¹⁸⁰ Cfr., per i casi di immediata messa a morte, in epoca predecemvirale, Dion. Hal. 7.26.3, 7.35.3, 10.31.3, 10.32.1.

¹⁸¹ Cfr., sul punto, F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'*. *Forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990, 25, che ritiene priva di ogni fondamento l'opinione di chi - diversamente da lui - attribuisca a *iudicare* un significato diverso da quello di 'condannare in un giudizio criminale popolare'.

¹⁸² Come è noto (cfr. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁵, Napoli, 1998, 132; N. SCAPINI, *Diritto e procedura penale nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1992, 86), i *prudentes* non sentirono mai la necessità di formulare, non dico compiutamente, ma solo impressionisticamente, il principio 'feuerbachiani' di legalità e di irretroattività della legge penale, i quali, invece, sono stati elevati anzitutto dal pensiero illuminista a cardini indefettibili di ogni sistema penale statale (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1997, 66): ciò ben può comprendersi avendo a mente il fatto che, in Roma, la qualificazione di un fatto come reato «non solo non era riservata a una specifica fonte atta a introdurre norme in senso proprio ... ma neppure a una qualsiasi fonte così concepita» (L. GAROFALO, *Concetti e vitalità del diritto penale romano*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, Padova, 2005, 247). Tali principi, invero, potrebbero considerarsi vigenti non certo - come s'è detto - in tutto il sistema criminalistico romano, ma con esclusivo riguardo al settore della sacertà.

¹⁸³ Sulla estrema carenza dei riferimenti, nelle fonti tecniche, a detto istituto, cfr., *ex plurimis*, B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, cit., 109 ss.; *Id.*, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 47 ss.: Gai 2.101, 103; Tit. Ulp. 20.2; I. 2.10.1; Par. Theoph. 2.10.1; Gell. 15.27.3. Quanto al testamento *in procinctu*, cfr. Gell 15.23.3; Serv. *aen.* 10.241; Schol. Ver. *aen.* 10.241 (ove *procinctus* fa riferimento all'esercito armato prima che esso si rechi sul campo di battaglia, ovvero riguarda l'esercito in ordine di battaglia subito prima dello scontro armato, e quindi sul campo, dopo

esclusivamente patrimoniale e la conseguente previsione della possibilità di nominare erede col testamento pure un *suus*.

Secondo alcuni autori, infine, come il Lévy-Bruhl²⁰⁷, la Lepri²⁰⁸, il Carcaterra²⁰⁹, contro la *communis opinio* (difesa strenuamente dal Guarino, seppur entro una ricostruzione riabilitante la versione retorica degli «enigmatici versetti»²¹⁰), sarebbe invece da rifiutare la identificazione degli *adgnati* coi soli collaterali, dovendosi affermare – seppure in forza di ragionamenti del tutto diversi tra loro – la inclusione in questa categoria di diritto successorio decemvirale anche i discendenti *in potestate* (ovvero alcuni soli dei figli del *de cuius*).

l'esposizione della tattica bellica e la perfezione dei preliminari, quali gli auspici), e Gell. 1.11.3, 7; 10.15.3-4, Fest. voce *procincta classis* 294 Lindsay; Gai 2.101; Fest. voce *in procinctu* 96 Lindsay (ove *procinctus* pare indicare, imprecisamente, l'esercito che si prepara alla battaglia).

¹⁸⁴ Cfr., *ex plurimis*, su detto istituto: E. VOLTERRA, *La nozione dell'adoptio' e dell'adrogatio' secondo i giuristi romani del II e del III sec. d.C.*, in *BIDR*, LXIX, 1966, 109 ss.; A. TORRENT, *La 'adrogatio' en el sistema de las sucesiones universales 'inter vivos'*, in *RIDA*, XIV, 1967, 447 ss.; C. CASTELLO, *Il problema evolutivo*, cit., 129 ss.; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 82 ss.

¹⁸⁵ Cfr. P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas' e dei 'legata' nel diritto successorio romano. A proposito della regola 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*, in *Scritti giuridici vari*, I, Roma, 1916, 101 ss.; *Id.*, *Le critiche al concetto dell'originaria eredità sovrana e la sua riprova*, in *Scritti giuridici vari*, I, cit., 188 ss.

¹⁸⁶ Cfr., in questo senso, F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 110 ss., 152 ss.

¹⁸⁷ M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum', tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1990, 35 ss.

¹⁸⁸ Cfr. Gai 1.98 ss., 2.291; Gell. 5.19.8-9, 15.27.3; Cic. *leg. agr.* 2.12.31; Cic. *dom.* 15.39-41; 16.41-43; 29.77.

¹⁸⁹ Per una impostazione in termini generali della questione cfr. S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 46, nt. 2. In senso analogo a quello da me ora sostenuto nel corpo di testo, si pronunciano: L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 82, nt. 24; E. CUQU, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris, 1928, 534 s.; A. MAGDELAIN, *Les mots 'legare' et 'heres' dans la loi des XII tables*, in *Hommages à Robert Schilling*, Paris, 1983, 159 ss.; M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, in M. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole*, cit., 17, nt. 37; U. COLI, *Il testamento*, cit., 40 e nt. 62 O. BEHREND, *La 'mancipatio' nelle XII Tavole*, in *Iura*, XXXIII, 1982, 49; G. COPPOLA, *Studi sulla 'pro erede gestio'*, I, *La struttura originaria del 'genere pro herede'*, Milano, 1987, 107 ss.; *EAD.*, *Brevi riflessioni sulla funzione della 'mancipatio familiae'*, in *Iura*, L, 1999, 161 ss., 167 e nt. 13; Si sono schierati a favore di una datazione decemvirale se non pre-decemvirale della *mancipatio familiae*: C. APPLETON, *Le testament romain. La methode du droit compare et l'authenticite des XII tables*, Paris, 1903, 107 s. e nt. 4; H. LEVY-BRUHL, *Autour de la 'mancipatio familiae'*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto. Verona 27-28-29.IX.1948*, III, Milano, 1951, 76 s.; F. LEIFER, *'Suus heres' und alteres Libraltestament*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 239; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and Property*,

Questo appare il quadro, in estrema sintesi, delle principali scuole di pensiero circa il configurarsi dei rapporti tra delazione testamentaria e legittima in epoca decemvirale: cercherò, ora, di indicare il mio pensiero sul punto.

Innanzitutto, se partiamo dalla premessa, già sopra evidenziata, secondo cui il testamento comiziale e l'arrogazione hanno struttura e scopi differenti e i decemviri quando trattavano della vocazione *ex lege* e della 'libertà testamentaria', attraverso i verbi *legare* e *intestare*, si riferivano (in positivo e in negativo) al testamento comiziale, quest'ultimo alle origini e ancora nel quinto secolo non era perfezionabile onde introdurre un *extraneus* al

Princeton, 1975, 52 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 290 e nt. 1; *Id.*, *Gli atti negoziali*, cit., 47 s. Quanto al problema circa la non menzione delle forme di testamento nelle XII Tavole «sebbene vi appaia la successione testamentaria universale» risolto dagli studiosi o argomentando dalla natura e dalla struttura del testamento comiziale (*lex*) o dalla differenziazione dei testamenti a seconda delle classi sociali, vd. J. ZABLOCKI, *Appunti sul 'testamentum mulieris'*, in *BIDR*, XXXIII-XXXIV, 1991-1992, 164 s. e nt. 26.

¹⁹⁰ Si pronunciano a favore di tale carattere: O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, cit., 120 ss.; P. BONFANTE, *L'origine dell' 'hereditas'*, cit., 116, *Id.*, *Le critiche al concetto dell'originaria eredità*, cit., 245; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma, 1928, 452 ss.; G. SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, cit., 5, 25 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 536; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 48, 67, 100; U. ROBBE, *I postumi nella successione testamentaria romana*, Milano, 1937, 5 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, I, Leipzig, 1941, 17; F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, XVI, 1941, 18 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della 'hereditas'*, Roma, 1946, 36 ss.; H. LEVY-BRUHL, *La fonction du très ancien droit romain*, in *NRHFE*, XLV, 1921, 661 ss.; *Id.*, *'Heres'*, in *Mélanges de Visscher*, II, Bruxelles, 1949, 162 ss.; *Id.*, *Autour de la 'mancipatio familiae'*, cit., 69 ss.; G. GANDOLFI, *Sulla evoluzione della 'hereditas'*, cit., 243 ss.; B. BIONDI, *Dritto ereditario romano*, Milano, 1954, 40; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 10, 31; M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenza romanistiche*, Trieste, 1960, 52; G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus' e le dodici tavole*, in *Labeo*, X, 194, 154 ss.; G. COPPOLA, *Studi sulla 'pro erede gestio'*, I, cit., 107 ss.; A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano*, Torino, 1991, 15 ss.

¹⁹¹ Si sono schierati, seppur con molteplici sfumature, a favore della tesi che vede la fase di passaggio dall'antica successione dei *sui* al principio di libertà testamentaria nel cd. 'Arrogationstestament' (identificabile nel testamento comiziale), tanto che con S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, cit., 523, si sosteneva che la *heredis institutio* «non è che la modificazione di quell'adozione in cui nella preistoria consisteva tutta l'essenza dell'atto»; cfr. E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II, Berlin, 1825, 49 ss.; T. MOMMSEN, *Droit public romain*, trad. fr., VI.1, 1889, Paris, 42 ss.; H. MANIGK, voce *hereditarium ius*, in *RE*, VIII, Stuttgart, 1913, 630; C. APPLETON, *Le testament romain*, cit., 61 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 246; E. LAMBERT, *La tradition sur la succession des formes du testament devant l'histoire*

gruppo familiare più ristretto (a ciò essendo, appunto, deputata l'*adrogatio*), allora, si può rigettare il nucleo centrale della tesi minoritaria del Magdelain. Questi, infatti, ipotizza un testamento originariamente teso a istituire come *heres* (senza determinarne lo stato di *suus*) un soggetto non orbitante nella *familia proprio iure dicta*: peraltro detta tesi pare criticabile anche perché lo studioso, riferendo per le origini ai soli estranei (prima solo *ex lege* poi anche *ex testamento*) la qualifica di *heredes*, sconvolge senza fornire prove decisive – ed elevando, invece, i criteri della comparazione e dell'etimo a fondamenti e non considerandoli, come dovrebbe, solo dei supporti di dati sostanziali – il dettato decemvirale che,

comparative, Paris, 1901, 25, 51 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 98, nt. 1; G. SEGRÉ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, cit., 27 ss.; 48 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbinsetzung*, cit., 17, 43e nt. 179; H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928, 329; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 516; F. LEIFER, 'Suus heres', cit., 236 ss.; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen des römischen Erbrechts*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 424; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 231s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 106, ntt. 6-13; A.D. MANFREDINI, *La volontà oltre la morte*, cit., 26; G. HORVAT, *Les aspects sociaux de l'adrogation et de l'adoption à Rome*, in *Studi in memoria di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 47. In termini pressoché identici si è pronunciato anche il Talamanca che vede nel testamento comiziale l'atto di creazione di un *suus* fittizio con effetti mortis causa (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 717). Non possono che essere contrari a tale impostazione P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, Roma, 1930, 60 ss., H. LEVY-BRUHL, *La fonction du très ancien droit romain*, cit., 661, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 180 ss. (che attribuiscono al testamento comiziale arcaico e a quello *in procintu*, quale contenuto essenziale se non esclusivo, la *heredis institutio*). La tesi del 'testamento-adozione' e di quella (oramai minoritaria) di matrice bonfantiana (tesi, quest'ultima, che seguendo la direttrice della non patrimonialità dell'antica *hereditas* e rappresentando l'*heres* come il successore del *pater* nella sua sovranità sul gruppo familiare, si oppone alla scuola 'economicista':) presuppongono, nelle loro diversità il punto comune dato da quello che è stato efficacemente definito come «il sinecismo tra *heredis institutio* e primitivo testamento» (M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino, 1996, 20): a negazione di tale presupposto è stata elaborata la tesi del 'Legatentestament', ossia la tesi di coloro che, partendo da una concezione materialistica della *hereditas*, reputano il testamento comiziale essenzialmente una disposizione di attribuzione del patrimonio con effetti analoghi al legato *per vindicationem* più recente e che pensano alla *institutio heredis* come atto estraneo all'epoca decemvirale (e all'epoca ad essa più antica, ovviamente) e proprio solo della forma più recente di testamento civile, ossia il testamento librato (O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, cit., 120 ss.; E. CUQ, *Manuel*, cit., 764 ss.; Id., *Recherches historiques sur le 'testamentum per aes et libram'*, in *NRHEF*, X, 1886, 537; EHRlich, *Die Anfänge des 'testamentum per aes et libram'*, in *ZSS*, XVII, 1904, 99 ss.; J. BINDER, *Die 'Plebs'. Studien zur römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1909, 353).

¹⁹² Così anche G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*, cit., 2.

all'opposto, nega a chiare lettere l'essere *heres* dell'*adgnatus* e riferisce questo *status* solo al *suus*; indimostrata rimane, inoltre, la supposta modulazione della vocazione testamentaria su quella *ex lege* (atteso che *uti ... ita* di Tab. 5.3 non sono affatto indice di una comparazione tra due tipologie di vocazioni ereditarie, ma quali congiunzioni coordinanti, indicano una consequenzialità logica²¹¹); non provata (anzi forzata) rimane, infine, la dicotomia decemvirale tra *pecunia* e *sacra* quale operazione destinata a permettere al *suus* di essere istituito come erede (al pari degli estranei).

In secondo luogo, contro la *communis opinio* che costantemente afferma che in Tab. 5.4 *suus* e *adgnatus* indichino

¹⁹³ Tra gli autori che ritengono possibile la istituzione di un *extraneus* in età decemvirale, *ex plurimis*, cfr. U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., 511; U. COLI, *Il testamento*, cit., 73; G. SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, cit., 25, 50; G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*, cit., 2.

¹⁹⁴ Cfr. E. NARDI, *I significati del verbo 'lego' come termine giuridico*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 293, che una volta ricordato come *legassit* sia la forma arcaica di *legaverit*, circa il significato di 'lego', rimarca come gli etimologisti concordino nel qualificarlo come denominativo del sostantivo 'lex', e nel parificarlo all'omofono greco con il significato di «a voce dispongo». Il Nardi ricorda, come pure io ritengo, che «il testamento ... all'epoca delle XII Tavole era orale», sicché «il testatore ... quel che per dopo la morte circa le sue cose voleva, 'lo diceva': in forma solenne, e, per riconoscimento delle XII tavole, con assicurato fedele effetto di imperativo giuridico». La polisemia del termine *legare* emerge chiaramente, tuttavia, dalla comparazione tra Gai 2.224 (ove, appunto, tal verbo è impiegato come sinonimo di *testari*) e I. 2.22 pr. (ove *legare* all'evidenza sta, invece, per 'disporre mediante legati'). B. ALBANESE, *Osservazioni su XII tab. 5.3*, in *AUPA*, XLV, 1998, 37 (nonché in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006).

¹⁹⁵ Cfr., per Tab. 5.3, FIRA 1.3 s. (*uti legassit*). Di questo *carmen* abbiamo addirittura tre versioni che, secondo un ordine cronologico crescente sono: quella retorica, quella giuridica pomponiana, quella giuridica ulpiana (sui problemi derivanti dalle plurime letture del versetto, vd. M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1999, 26; P.F. GIRARD - F. SENN, *Le loi des romains*, II, Camerino, 1977, 35; D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Stuttgart, 1994, 136; M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, London, 1996, 580; E. FERENCZY, *'Uti legassit... ita ius esto'*, in *Oikumene*, I, 1976, 173; F. WIEACKER, *Römische rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, 291; e, soprattutto, U. AGNATI, *Sequenza decemvirali. Analisi di Cicerone 'De inventione' 2.148 e 'Rhetorica ad Herennium' 1.23*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 253 ss., il quale discute - pur senza eccessivi sbilanciamenti personali - panoramicamente delle tre versioni - a, b, c - del precetto in parola, dando conto del recente vivace dibattito sul punto). Prendendo in esame la versione più antica, nella *Rhetorica ad Herennium* (1.13.23) e nel *de inventione* ciceroniano (2.50.48), il precetto corre nei seguenti termini *'pater familias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto'*: secondo il mio credere è questa la più fidabile delle differenti versioni, e ciò sia per ragioni positive che negative: cfr., tra i pochi sostenitori della *lectio rhetorica*: A. GUARINO, *La 'lex XII tabularum' e la tutela*, in

due categorie diverse (tra cui non si realizza un rapporto di *species* a *genus*), significa non tenere in minima (o debita) considerazione la più antica versione retorica dei versetti e soprassedere su talune fonti, anche classiche²¹², che senza dubbio includono i *sui* nella sfera degli *adgnati* (sebbene singole critiche possano essere mosse alle ricostruzioni delle *minores opinioniones*: la tesi di Lévy-Bruhl, ad esempio, nella sua formulazione più compiuta ritiene, contro gli argomenti sopra addotti, che sia anteriore al codice decemvirale la *mancipatio familiae*, strumento di 'parziale libertà testamentaria' attraverso cui il *pater* avrebbe distribuito tra i *sui*, e non tra gli

Studi in onore di Solazzi, Napoli, 1948, 31 ss. (nonché in *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 237 ss., donde si citerà); *Id.*, 'Sui' e 'adgnati' nelle 'XII Tabulae', in *AUCT*, III, 1943, 204 ss. (nonché in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 128 ss., donde si citerà); *Id.*, *Le 'XII tabulae' e il caso di Malleolo*, in *Labeo*, XXXV, 1989, 79 ss. (nonché in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 165 ss., donde si citerà); *Id.*, *Ancora sugli enigmatici versetti*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 137; J. GAUDEMET, 'Uti legassit': XII Tables 5.3, in *Hommages R. Schilling*, Paris, 1984, 109 ss.; G. FRANCIOSI, *La versione retorica e la versione giuridica di tre disposizioni delle XII Tavole*, in *Ius Antiquum*, II.10, 2002, 34 ss.; P. ARCES, *Riflessioni sulla norma 'uti legassit'*, in *Rivista di diritto romano*, IV, 2004, 1 ss.). La seconda versione è quella di Pomponio (Pomp. 5 ad Q. Mucium D. 50.16.120) e di Gaio (Gai 2.224): 'uti legassit suae rei, ita ius esto' (confermata da l. 2.22 pr., Theoph. Par. 2.22 pr., Nov. 22.2 pr.). Sarebbe questa la formulazione da preferire alle altre secondo un nutrito gruppo di studiosi (cfr., per tutti, U. COLI, *Il testamento*, cit., 626; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 5 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 89 e nt. 31; C. APPLETON, *Le testament romain*, cit., 59), sia per l'uso arcaico di *legare* con il dativo (cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *lego*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959; A. WALDE, voce *lego*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg 1965, 779), sia per l'ipotizzato impiego da parte di Pomponio di materiale muciano (e quindi materiale anche tratto dagli archivi sacerdotali), sia per l'estrema concisione del dettato. In Gaio e Pomponio l'endiadi retorica *familia pecuniaque* viene sostituita dal dativo (arcaicizzante) di *sua res*, mentre in *legassit* il significato più antico (decemvirale) viene 'stravolto' da Pomponio (o meglio da Pomponio viene testimoniata una estensione semantica ad opera della giurisprudenza). Nel tentativo sistematico di rinvenire un unico riferimento testuale per tutte le manifestazioni di volontà del testatore, anche di talune più recenti come, ad esempio, la *manumissio* testamentaria (testimoniata anche in Tit. Ulp. 1.1, 2.4), o di altre (invero implicite in Tab. 5.3) come la tutela (Tit. Ulp. 11.14; D. 26.2.1; D. 26.2.20.1), il giurista del secondo secolo sostiene che il versetto sull'*uti legassit suae rei* attribuisca al testatore, in base per vero ad attività interpretativa (cfr. l'uso del verbo *videri*), una *latissima potestas*, ossia *et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi*: cfr., sul punto, B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, cit., 118, che parla di «convincimento classico della possibilità esistente già in età decemvirale di istituire eredi, di manomettere per testamento, di *tutorem dare testamento* e di attribuire legati»; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 5 ss., che, nel distinguere tra testo e interpretazione, si sofferma sull'impiego tanto gaiano

extranei, i beni ereditari²¹³; la Lepri, arbitrariamente, colloca al solo secondo secolo a.C. la distinzione tra *sui heredes* e *adgnati* e attribuisce al nesso *familia pecuniaque* un significato affatto da respingere; senza alcun sostanziale supporto nelle fonti il Carcaterra vede nell'*adgnatus proximus* il figlio cadetto²¹⁴).

Ancora, reputare che la vocazione degli *adgnati* (e dei *gentiles*) sia subordinata a due condizioni, ossia assenza (o invalidità) di un testamento (a mio avviso solo comiziale) e inesistenza di *sui heredes*, nonché ritenere, di necessità, come una superflua ridondanza decemvirale la menzione dell'ablativo *intestato* nel caso di adesione alla tesi che solo tra i *sui* sarebbero

quanto pomponiano di *videri*, verbo che, secondo l'autore, «indica ... il risultato di una *interpretatio*, di un giudizio di merito, e simili; nel nostro caso, non può indicare se non ciò che *visum est* alla giurisprudenza pontificale sulla portata del precetto legislativo: come dire, che i *verba* delle XII tavole erano quelli riportati, e che l'*interpretatio* li estese oltre il loro significato letterale»; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 81 ritiene che le «modulazioni» della '*latissima potestas*' del testatore (individuate nell'istituzione di erede, nella facoltà di lasciare legati, in quella di manomettere gli schiavi e di nominare tutori) siano frutto dell'«ottica tarda dei giuristi classici». A prescindere dal fatto che l'*interpretatio* sia quella pontificale, quella classica, o quella tardo-classica, io credo che sia comunque nel giusto, in definitiva, G. GROSSO, *I legati nel diritto romano. Parte generale*, Torino, 1962, 8, là ove sostiene che il passo comunque «non provi per le origini». E quanto alla *brevitas* come argomento militante per la poeriorità rispetto alle altre versioni, non posso che rimandare - data la scarsa pregnanza del rilievo - a F. GALLO, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, in Gaetano Scherillo. *Atti del Convegno. Milano, 22-23 ottobre 1992*, Bologna, 1992, 92; M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I, *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942, 13 ss. (recensita negativamente da A. GUARINO, in *SDHI*, X, 1944, 409 ss., benché l'autore propenda, in sostanza, per la maggior fidabilità della più antica versione retorica). Di poi, per il parallelo (almeno formale) di Tab. 5.3, con Tab. 6.1, vd. U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 58, nt. 1; C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, *Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 85 ss.; J. GAUDEMET, '*Uti legassit*', cit., 110, afferma - in una visuale che a mio modo di ritenere è erronea, in quanto si intende *ius* in senso oggettivo - che «ici la loi cautionne l'initiative privée». La terza versione è quella paolina-ulpiana conservata in D. 50.16.53 pr. e riferita in Ulp. 11.14 ove la disposizione suona così: '*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*' (mentre stando a Paolo ricorrerebbe la sgrammaticata espressione '*super pecuniae tutelaeve suae*'). Tale lettura, a detta dei suoi sostenitori, sarebbe da preferire in quanto confermata da numerosi richiami classici (D. 26.2.1 pr. D. 26.2.20.1; Gai 1.155) alla tutela testamentaria decemvirale: il che non potrebbe che essere visto che come segno di autenticità di detta riproduzione della *lex*: tale versione, anzi, sarebbe la più frequentemente adottata nelle edizioni del codice decemvirale e negli studi dei romanisti, come lapidariamente ricorda il Coli (U. COLI, *Il testamento*, cit., 624, nt. 43): «inutile fare citazioni, la lista di coloro che adottano questa lezione sarebbe interminabile. Ricordo piuttosto i pochi che non

istituibili gli eredi, significa – a mio avviso – non prestare attenzione alla formulazione (nella versione giuridica di Tab. 5.4) del precetto che ha, invece, una sola protasi (*si intestato moritur*) cui si connette una relativa (introdotta da *cui*) con soggetto (*suus heres*) al singolare.

Sofferamoci ora sul tenore delle *leges* 4-5 di Tab. 5: stando alla versione cd. giuridica '*si intestato moritur cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam <habento>*'. Nella versione che rinveniamo nella *Rhetorica ad Herennium* nonché nel *de inventione* di Cicerone il *carmen* suona '*si paterfamilias intestato moritur, familia*

l'adottano: Schirmer, Voigt, Lambert, Appleton, Scialoia, Pacchioni, Woess, Hägerström, Wlassak, Wieaker, Kaser, Voci: questi preferiscono la versione che anch'io preferisco; vi sono poi i pochissimi che preferiscono la versione ciceroniana. Alcuni tra gli autori meno recenti fondono insieme la versione ulpiana con quellaciceroniana: 'super familia pecuniaque tutelave suae rei' (Turnebo, Eineccio, Bynkershoek, Huschke, Pernice); aderisce alla versione ulpiana pure B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 434 ss.; Id., *Osservazioni su XII tab. 5.3*, cit., 58 ss. (il quale reputa tuttavia che il segno *tutela* qui sia da intendere non in riferimento alla *vis* e *potestas* su impuberi e donne, ma alla «custodia e destinazione del ... patrimonio dopo la morte»; cfr., in questo senso, pure, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 35, con ampia rassegna bibliografica); S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 40 (benché sia in parte consapevole della validità delle argomentazioni addotte da Appleton contro la presenza del segno *tutela* in Tab. 5.3). Tuttavia, anche detta versione è altamente opinabile: a voler prescindere dal rilievo che, in verità, i giuristi classici solamente ricollegano indirettamente' detto istituto alle XII Tavole (A. GUARINO, *La 'lex XII tabularum' e la 'tutela'*, cit., 240), si pongono alcuni insormontabili problemi ad accogliere tale versione, e pertanto, pensare ad una *lex* apposita che contemplasse espressamente libertà testamentaria anche circa l'istituto potestativo tutelare: anzitutto, se fosse vera la versione paolina-ulpiana e quindi vi fosse stato effettivamente nel versetto decemvirale un riferimento esplicito alla tutela testamentaria, perché Pomponio avrebbe dovuto sentire come necessario un richiamo alla generalità dei *verba* della legge per provare la *latissima potestas* concessa al testatore, comprensiva ovviamente anche della *tutoris datio*? Non avrebbe effettuato forse una puntuale citazione del testo? Scriveva, persuasivamente, Appleton, sul punto: «si la loi avait expressement parlé de tutelle, Pomponius n'avrait pas besoin d'argumenter de la généralité de ses termes pour prouver que le testateur a le pouvoir de nommer des tuteurs; il n'aurait qu'à citer le texte» (C. APPLETON, *Le testament romain*, cit., 59; cfr., altresì, H. LEVY-BRUHL, *La tutelle des XII Tables*, cit., 318 ss.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 97). Una *lex* decemvirale che trattasse, in una con la *pecunia*, della *tutela* come istituto potestativo su 'non aventi capacità giuridica', quali donne e impuberi (secondo l'opzione che più mi pare persuasiva, come si rinviene in A. GUARINO, *La 'lex XII tabularum' e la 'tutela'*, cit., 240), ovvero un testuale riferimento nel codice alla *tutela*, anche come istituto di protezione del patrimonio, pare a me alquanto arduo da sostenere (talché anche con riguardo a Gai 1.155 e D. 26.4.6 la disposizione decemvirale cui farebbero riferimento Gaio e Paolo sarebbe Tab. 5.4). Detto questo in negativo sugli scarsi elementi di

pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto'. Come già si è notato la più parte degli studiosi propende con forza per la versione giuridica, argomentando che i giuristi classici (e anche post-classici) meglio conoscano la versione autentica del codice decemvirale rispetto ai retori, sebbene questi ultimi, invero, scrivano in un'epoca assai più vicina al quinto secolo (o meglio al tempo di Sesto Elio). Oltre alla maggior risalenza rispetto alla versione giuridica, argomento – seppur di minor rilievo – a favore della *lectio rhetorica* dei versetti è dato dalla coincidenza tra il tenore della testimonianza cicieroniana e dell'anonimo della *ad Herennium*. Di poi, come ha ben messo in luce – *ex plurimis* – il

fidabilità delle due varianti giuridiche, ben si può che la versione retorica pare positivamente da essere preferita, innanzitutto perché ben più risalente delle altre due e, non oggetto di adattamenti non discorre né di *res* (termine in antico inadatto a denotare il *patrimonium*: F. GALLO, *Patrimonio e cose nella famiglia romana arcaica*, cit., 92) né di pecunia tutelave (locuzione che poco è comprensibile alla luce di D. 50.16.120), bensì impiega l'endiadi *'familia pecuniaque'*, tecnica espressione altoarcaica (come a mio avviso attesta il gusto antiquario di Gellio: Gell. 1.9.12, 2.24.11, 16.10.11; cfr. Tac. *hist.* 3.66; Cic., *leg.* 3.3.7; Svet. Nero 4.1) volta ad indicare la duplice natura del più antico patrimonio, il mancipium su cose e persone della *familia*, la *possessio* sui beni di 'lusso' dati dalla *pecunia* (per tutti, cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 483 ss.). Né si dica che l'assenza del soggetto nella versione giuridica sai da considerare come indice di maggiore arcaicità (S. SOLAZZI, *La questione dell'autenticità delle XII Tavole*, in *Annuario dell'Università di Urbino*, 1902-1903, 40); vero è, invece, che ben plausibile è la congettura secondo cui il soggetto *'pater familias'*, contenuto nella redazione originaria del codice, sia stato ora eliminato (cfr., paradigmaticamente, D. 50.16.120; Gai 2.224) ora sostituito con *quisque* (Nov. 22.2 pr.), a seguito della estensione (anche muliebre) della *testamenti factio* attiva; né, del resto, «mancano ... coloro che hanno pensato (anche indipendentemente dal testo ciceroniano) che le XII tavole contenessero l'indicazione: *paterfamilias*» (M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia*, cit., 13 e nt. 3; vd., altresì, P. ARCÉS, *Riflessioni*, cit., nt. 154).

¹⁹⁶ Per Tab. 5.4-5, vd. FIRA 1.38 (*si intestato moritur*). La disposizione decemvirale è leggibile, nella versione cd. giuridica, grazie a: Coll. 16.4.1, Ulp. 26.1, D. 28.2.9.2 (*'si intestato moritur'*), D. 50.16.195.1 (*'adgnatus proximus familiam habeto'*); in quella retorica, grazie a: *Rhet. ad Herenn.* 1.13.23; Cic. *inv.* 2.50.148. Sulla lex, e sui rapporti tra la versione retorica e quella giuridica, la letteratura è – come per Tab. 5.3 – ampissima (e pesantemente orientata verso la lezione giuridica): cfr. M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia*, cit., 55 ss.; EAD., *Ancora qualche parola a proposito di «sui» e di 'adgnati'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 299 ss.; A. GUARINO, *La 'lex XII tabularum' e la tutela*, cit., 235 ss.; ID., *'Sui' e 'adgnati' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 128 ss.; ID., *Le 'XII tabulae' e il caso di Malleolo*, cit., 165 ss.; ID., *Ancora sugli enigmatici versetti*, cit., 137; H. LEVY-BRUHL, *La tutelle des XII Tables*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 318; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 149 ss.; 208 s.; ID., *Osservazioni su XII tab. 5.3*, cit., 35 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I.1, 1967, 9 ss.; L. AMIRANTE, *Sulle XII tavole. Un'ipotesi di lavoro: le «sequenze» e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index*, XX, 1992, 205 ss.; J. GAUDEMET, *'Uti legassit'*, cit., 109 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 7 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*,

Guarino, la presenza dell'endiadi *familia pecuniaque* (presente in Gaio in riferimento all'antica formula della *mancipatio familiae*)²¹⁵ pare confacente ad una formulazione più antica, di quella della versione giuridica²¹⁶, indice di una duplice composizione del patrimonio dei privati che avevano il potere giuridico del *mancipium* sulla *familia* ossia sulle *res Mancipi* (e, consequenzialmente, l'onere reale di *sacra familiaria facere*) e il potere fattuale della *possessio* sulla *pecunia*, ossia sulle *res* che non formavano oggetto del quiritario *mancipium*. Infine non può tacersi della considerazione di carattere generale che il giurista (a differenza del retore e dell'erudito) talora, se non sovente, è anche

26 ss., 36 ss. (seppur di sfuggita su Tab. 5.4); M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità da parte dei 'gentiles' in XII tab. 5. 5*, in *Hommage a la mémoire de André Magdelain*, Paris, 1998, 447 ss. (che adotta, ma senza eccessi di argomentazione, la cd. versione giuridica); M.H. CRAWFORD, *Ancient Roman Statutes*, 1961, 555 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., 26; Id., *La versione retorica*, cit., 34 ss.

¹⁹⁷ Quanto all'ordine espositivo, va segnalato D. 38.6.1 pr. Che testimonia come il pretore nell'editto prima trattasse della successione testamentaria, poi di quella ab intestato.

¹⁹⁸ Data l'operatività della libertà testamentaria addirittura all'epoca etrusca, F. DE MARTINO, *Individualismo*, cit., 20; cfr., altresì, V. KOROSÉC, *Die Erbenhaftung nach römischem Recht*, Leipzig, 1927, 29; F. LEIFER, *'Suus heres'*, cit., 239 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Autour de la 'mancipatio familiae'*, cit., 69 ss.

¹⁹⁹ Cfr. P. VOGLI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 42. Per l'impiego di 'lingotti segnati' (piuttosto che di vera 'moneta coniatata') in epoca arcaica (sesto secolo a.C.), e segnatamente sotto il regno di Servio Tullio (Plin. *nat. hist.* 18.12, 33.42-46), cfr.: C. AMPOLO, *'Servius rex primus signavit aes'*, in *PP*, XXIX, 1974, 382 ss.; M.H. CRAWFORD, *La moneta in Grecia e a Roma*, trad. it., Roma - Bari, 1982, 5 ss.; per la necessaria economia 'monetaria' (ossia di una economia propria di una società che impiega l'*aes rude*) presupposta necessariamente dalla *mancipatio* (e dai *gesta per aes et libram* in generale), vd. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 20 ss.; E. PERUZZI, *Money in Early Rome*, Firenze, 1985, 16 ss.; R. PANKIEWICZ, *Quelques remarques sur l'économie prémonétaire dans la Rome archaïque*, in *Acta Classica*, XXXIII, 1990, 65 ss.

²⁰⁰ Cfr. Gai 2.102-105. Stando al resoconto gaiano la *mancipatio* della *familia* (o, più propriamente, stando allo 'sgrammaticato' suo formulario, della *familia* e della *pecunia*: cfr. A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio [rem tenens in Inst. 1.119 e 2.24]*, in *SDHI*, XLII, 1976, 173 ss.); B. ALBANESE, *Sul formulario della 'mancipatio familiae' in Gai 2.104*, in *AUPA*, XLVII, 2002, 68 ss.; S. RANDAZZO, *'Leges Mancipii'. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998, 42 ss.) sarebbe stata introdotta *interpretatione prudentium* (vd. M. BRETONI, *I fondamenti*, cit., 40; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*, Torino, 1993, 90 ss.) per far fronte all'esigenza del cittadino che *subita morte urgebatur* (e, quindi, non poteva aspettare il 24 marzo o il 24 maggio per la solenne perfezione del testamento comiziale) e, una volta divenuta la forma principale di strumento di successione volontaria (per cui si

un buon falsario del passato, in quanto sempre pressato - al di fuori delle logiche della profondità e della verità storica - dall'esigenza di conformare ora, attraverso interpretazioni innovative, ora attraverso modifiche testuali, le disposizioni più antiche a realtà contingenti in continuo mutamento²¹⁷.

A ciò si aggiunga la considerazione che il *filius in potestate* (tale vuoi *sanguine*, vuoi *iure*), vale a dire quello che si suole concepire come l'archetipo del *suus heres*, è altresì - secondo i gradi della parentela in linea maschile - colui che è legato al proprio *pater* da vincolo agnatizio di primo grado, ossia è *adgnatus proximus*: talché Pomponio (se non già, forse, lo stesso

acquistava non da *heres* ma *loco heredis*), soppiantate le vetuste forme testamentarie pubbliche, si sarebbe tramutata, sempre grazie all'attività creativa dei giuristi, in vero e proprio 'testamento librato' il cui *caput et fundamentum* era la *heredis institutio* (cfr. F. GALLO, *Interpretazione*, cit., 98 ss.). A fronte di tale spiegazione, da taluno reputata alquanto semplicistica ed ingenua (S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², cit., 472 ss.), se non del tutto inverisimile (S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 89 ss.), buona parte della dottrina ha inteso ora negare *in toto* l'argomentazione di Gaio (E. CUO, *Manuel*, cit., 684 s.; *Id.*, *Recherches historiques sur le testament 'per aes et libram'*, in *NRHEF*, X, 1886, 534 ss., 552 ss.), ora le ha affiancato una ulteriore spiegazione (E. LAMBERT, *La tradition*, cit., 46 ss.; G. SEGRÈ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, cit., 72 ss.; F. LEIFER, *'Suus heres'*, cit., 239 ss.; A. SCHERILLO, *Successione ed estinzione dei rapporti giuridici*, in *Studi in onore di De Francesco*, II, Milano, 1957, 615 ss.): la *mancipatio* (testamentaria), infatti, sarebbe stata introdotta dai *prudentes* onde far pervenire il patrimonio anche ad un estraneo e, quindi, onde ovviare alla limitatezza del rilievo volontaristico del più antico diritto successorio romano. Ma contro questo scetticismo della dottrina circa la fondatezza del ragionare gaiano mi pare persuasiva la linea di pensiero della Coppola (G. COPPOLA, *Brevi note*, cit., 166 ss.) la quale immagina un *pater* che, oramai prossimo alla morte, aliena a un amico, a titolo fiduciario, il patrimonio perché questo lo trasmetta, secondo le proporzioni stabilite dal *mancipio dans*, alle persone indicate, ossi ai *sui* (che in vita il *pater*, in quanto ancora *alieni iuris*, non avrebbero potuto essere parte di una *mancipatio*). Con una puntualizzazione, però: che l'introduzione della *mancipatio familiae pecuniaeque* mi pare imporsi, derogando quest'ultima non alla rigidità contenutistica del testamento comiziale (rispetto al quale ha finalità eterogenee), ma alle regole di successione *ab intestato* dei *sui*, come porta di passaggio da un regime originariamente potestativo della successione cd. volontaria a un concetto patrimoniale di *hereditas*: e ciò secondo una linea di *processus* che vede nel testamento comiziale un atto eminentemente 'politico-economico' in quanto mezzo per designare, tra i soli *sui*, non tanto - come vuole Scialoja, Bonfante, Levy-Bruhl - il 'capo' successore del *pater* nel potere monarchico sulla famiglia, quanto (in presenza di più *sui*) un *primus inter pares*, laddove nella *mancipatio* l'"escamotage" per far pervenire ai *sui* (già vincolati *sanguine* ai *sacra* e dei quali non si vuole eleggere un *heres* in senso potestativo), secondo proporzioni diverse da quelle *ex lege*, i beni patrimoniali, nel testamento librato l'atto di ultima e piena libertà (Gai 2.103-108). Diversamente P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 91, pensa alla *mancipatio* come negozio accessibile ai plebei teso non solo a differenziare i *sui* che *ab intestato* succedevano in parti eguali, ma

Quinto Mucio) non esita ad affermare *'filius patri adgnatus proximus est'* (D. 38.16.12)²¹⁸.

A fronte di tali considerazioni (verisimile maggior risalenza della versione retorica e possibilità di qualificare come agnato il discendente sottoposto alla immediata potestà paterna), a mio modo di vedere, la mancanza nella versione retorica della relativa ove si menziona il *suus heres* non mi pare affatto essenziale, in quanto non sembra affatto, come vuole invece la *communis opinio*, indicare una seconda condizione cui è subordinato il *familiam pecuniamque habere* dell'*adgnatus proximus*, ma uno scioglimento

anche di testare a favore di persone escluse dalla successione *ex lege*.

²⁰¹ Cfr., sul punto, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 645 s.; ampia riflessione su tale passaggio 'pilotato' dalla giurisprudenza romana è rinvenibile in M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., 63 ss., 70 ss.

²⁰² Cfr., per tutti, G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*, cit., 4 (che qui presta fede piena alla versione giuridica di Tab. 5.4); A. GUARINO, *'Sui' e 'adgnati'*, 128 ss. e Id., *Le 'XII tabulae' e il caso di Malleolo*, cit., 165 ss. (che presta fede alla versione retorica, in quanto più antica, ma del pari ritiene che quest'ultima vada integrata con il riferimento, altrimenti mancante (per la breviloquenza di Cicerone e dell'Auctor) al *suus heres*).

²⁰³ S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 40, 67, 100; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Evoluzione storica della 'hereditas'*, cit., 36; G. COPPOLA, *Studi sulla 'pro erede gestio'*, I, cit., 107 ss.

²⁰⁴ G. COPPOLA, *Brevi note*, cit., 161, nt. 1.

²⁰⁵ A. MAGDELAIN, *Les mots 'legare' et 'heres'*, cit., 172.

²⁰⁶ A. MAGDELAIN, *Les mots 'legare' et 'heres'*, cit., 167.

²⁰⁷ H. LEVY-BRUHL, *La tutelle des XII Tables*, cit., 318 ss.; Id., *'Heres'*, cit., 137 ss. (che oltre a ritenere la relativa di Tab. 5.4 *'cui ... escit'* un inciso teso a chiarire che il *pater* era da considerare *intestatus* in quanto non aveva provveduto a nominare *heres* alcun *suus*, ritiene che *heres* fosse il maschio pubere designato testamentariamente). L'autore segue, all'evidenza, il pensiero dello Scialoja (V. SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, Roma, 1886-1887, 136 ss.) e del Bonfante (P. BONFANTE, *L'origine dell'hereditas*, cit., 105), spogliando queste due di ogni valenza patrimoniale, e vedendo così nell'erede un soggetto titolare di funzioni che ne connotano giuridicamente lo *status*, funzioni prevalentemente religiose e tutelari. Guardiano della tradizione familiare, consigliere, vendicatore, egli è, insomma, «un chef» la cui prerogativa è «de caractère politique et religieux» e «complètement étrangère, à l'origine, à la dévolution du patrimoine (Id., *'Heres'*, cit., 145).

²⁰⁸ M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I, cit., 55 ss.; EAD., *Ancora qualche parola*, cit., 299 ss., 313 ss. (che, convincentemente, oltre a sottolineare la rarità dell'espressione *sui heredes* espressione tecnica distinta da *adgnati* a partire solo dal secondo secolo a.C., raccoglie numerosi passi di giuristi e di fonti letterarie ove i *fili in potestate* vengono detti *fili*, *gnati*, e anche *adgnati*, a riprova della inclusione per le stesse XII tavole e per la giurisprudenza successiva nell'*ordo* degli *adgnati*. Quanto alla lamentata 'insufficienza' di tale prova - che, almeno sotto il profilo della sinonimia tra *gnatus*, *adgnatus*, *filius*, è innegabile - in quanto «occorrerebbe dimostrare che la terminologia tecnica '*adgnati*' della legge decemvirale si

della «concisione lapidaire» tipica «des dispositions législatives romaines»²¹⁹.

Proviamo ora, a mente di siffatte considerazioni, ad eliminare, prima, l'ablativo 'intestato', poi, la relativa 'cui suus heres nec escit' dal testo del nostro *carmen* (Tab. 5.4) secondo la lettura - quella tradita dalle fonti giuridiche - ritenuta dalla maggior parte degli autori la più fidabile: 'si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto'. La prima volta si verrebbe a dire 'se uno muore senza che sia stato istituito come heres un suus, l'adgnatus proximus abbia la familia'; la seconda avremmo all'ingrosso 'se uno muore senza aver fatto testamento,

riferiva o poteva riferirsi anche ai discendenti *in potestate*» (A. GUARINO, 'Sui' e 'adgnati', 129), l'adesione piena alla lettura retorica di Tab. 5.3-5 (e non moderata, o corretta alla bisogna, come quella patrocinata dal Guarino che, invero, collaziona in un *unicum* le due versioni), induce a credere - come meglio si cercherà di dimostrare - che il *proximus adgnatus a familiam pecuniamque habere* era proprio il *filius* (o *suus* o **sunus*) che, tuttavia, in quanto non istituito non era qualificato come *heres*. Perché, di poi, considerare sì autentica la locuzione *adgnatum gentiliiumque* presente tanto in Tab. 5.7a (relativa alla cura del *furiosus*), secondo l'unica versione pervenutaci (quella retorica), tanto in Tab. 5.4 (relativa alla successione *ab intestato*), ma quanto a quest'ultima sentir la necessità di integrare il versetto con il riferimento al *suus heres* (invero taciuto da Cicerone e dall'Auctor), quanto a Tab. 5.7a, invece, sostenere che non si deve integrare (come la *communis opinio* vuole: cfr. O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Roma, 1984, 12 ss., 19 ss.) con 'ast ei custos nec escit' (A. GUARINO, *Le 'XII Tabulae' e il caso di Malleolo*, cit., 173 ss.)? Per *par condicio*, tuttavia, come sono convinto - sulla scorta dello stesso Guarino - che Tab. 5.7a non debba essere stata oggetto di 'amputazioni' retoriche (e non vada pertanto aggiustata con 'ast ... escit'), così credo che anche Tab. 5.4 vada esente da arbitrarie integrazioni di moderni (giustificate con accomodanti ragionamenti, quali il presunto lassismo dei retori che, per pigrizia, non avrebbero pronunciato l'intero *carmen* comprendente la relativa 'cui suus heres nec escit').

²⁰⁹ A. CARCATERRA, *La successione intestata dell'adgnatus' nella legge delle XII tavole*, in *AUBA*, II, 1939, 263 ss.

²¹⁰ A. GUARINO, *Ancora sugli enigmatici versetti*, cit., 137.

²¹¹ Cfr. C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 135 ss.

²¹² Cfr. D. 38.16.12; D. 38.10.10.3.

²¹³ Contro tale impostazione, cfr., altresì, G. COPPOLA, *Brevi note*, cit., 163.

²¹⁴ Contro l'istituto della primogenitura (almeno sotto il profilo dei suoi risvolti patrimoniali), cfr. C.W. WESTRUP, *Joint Family and the Family Property in Early Law. A Comparative Study*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, 177 ss.

²¹⁵ A. GUARINO, *La lex XII tabularum e la tutela*, cit., 35; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 276; *Id.*, *Preesistenza della 'gens' e 'nomen gentilicium'*, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, I, Napoli, 1984.

²¹⁶ Secondo Amirante la giurisprudenza, infatti, ha aggiornato, mediante l'interpretazione, il disposto delle antiche norme, adattandone il contenuto a seconda delle situazioni e dei periodi storici: L. AMIRANTE, *Per una palingenesi delle*

l'*adgnatus proximus* abbia la *familia*'. In altre parole: 1) se si reputa - come credo sia corretto fare - che il codice decemvirale riproduca ancora il più antico stadio del diritto successorio romano, allorché la vocazione testamentaria comiziale era ancora di carattere solamente familiare; 2) se si sottolinea - sotto il profilo della morfologia - il numero singolare del sostantivo *heres*; 3) se si considera la proposizione relativa (*cui ... escit*), assente nella versione retorica, quale mera 'epesegetica' dell'ablativo '*intestato*'²²⁰ (in virtù di una aggiunta al testo decemvirale, parafrasato in una lingua rammodernata rispetto a quella del

XII Tavole, in *Index*, XVIII, 1990, 404.

²¹⁸ Coloro che discendevano in linea maschile dal *pater* (vuoi *naturaliter*, vuoi giuridicamente: A. SCHERLLO, voce *Agnazione*, in *NNDI*, I, Torino, 1957, 427), sottoposti al potere paterno e facenti parte della stessa *familia* erano tra loro legati da vincolo agnatizio (*adgnatio*), vincolo che, sin dall'epoca più remota della storia di Roma, giocava un ruolo di importanza capitale sia in materia successoria (Tab. 5.4), sia in materia di cura (Tab. 5.7a), sia circa questioni di *vindicta* (Serv. *buc.* 4.43): in definitiva «erano agnati tutti i parenti in linea maschile, che facevano parte o avrebbero fatto parte di una stessa *familia*, compresi gli arrogati e gli adottati nella stessa *familia* e le *uxores in manu*» (C. FAYER, *La familia romana*, cit., 24). Quindi erano *adgnati* al *pater* e *inter se* i figli sia maschi che femmine, nipoti e pronipoti sempre d'ambo i sessi, a patto che fossero nati da discendenti in linea maschile (G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone*, cit., 7 ss., 38); e *adgnata* era la moglie del *pater* e *adgnatae* le *nurus conventae in manum* (Gai. 3.14; D. 50.16.196.1), circa le definizioni di *adgnatio*, rinvenibili nelle fonti (a prescindere dalle singole esemplificazioni) Gai 1.1156; D. 26.4.7; Gai 3.10; D. 38.10.10.2; D. 38.16.2; Tit. Ulp. 11.4; l. 1.15.1; l. 3.2.1; Ep. Gai 2.8.3; Coll. 16.2.10: fonti tutte che concordano nel identificare gli *adgnati* in soggetti legati da vincolo parentale *virilis sexus*. Per l'etimologia di *adgnatio*, sostantivo che sottende semanticamente l'accrescimento per nascita o per diritto (che *naturam imitat*: Ep. Gai 1.5 pr.; l. 1.11.4; D. 28.2.23 pr.; C. 8.47.2) della famiglia, cfr. E. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*nascor*', in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959.

²¹⁹ H. LEVY-BRUHL, '*Heres*', cit., 115.

²²⁰ Quanto alla ricostruzione (nell'ordine e nella lingua) del testo decemvirale del quinto secolo a.C., si tratta all'evidenza di una operazione all'oggi - da tutti riconosciuta - impossibile: cfr. A. GUARINO, *Una palingenesi delle XI Tavole?*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 82 ss., il quale ritiene, da un lato, che «il coacervo di norme messo insieme dai decemviri, in modo da noi assolutamente inconoscibile, si era riversato finalmente, con Sesto Elio, in un ordine certo, che lasciò tracce profonde nella giurisprudenza posteriore sino a Pomponio e Gaio», dall'altro, che «una palingenesi delle XII *Tabulae*, quelle del quinto secolo avanti Cristo, è oggi come oggi, fuori dalla nostra portata. In avvenire chi sa, forse il computer, forse l'atomica forse (sarebbe ora) la macchina del tempo. Ma, almeno per il momento, siamo più o meno nelle stesse condizioni in cui si trovava il secolo scorso David Livingstone, quando andava a piedi e con i portatori indigeni alla ricerca delle fonti dello Zambesi e dei grandi laghi equatoriali africani» concludendo che «ai *Tripertita* di Sesto Elio ... ci

quinto secolo a.C.²²¹, che venne ritenuta opportuna forse dallo stesso Sesto Elio a seguito del mutamento semantico subito dal verbo *testari*, una volta emerso, con tutta la sua forza, il principio di libertà testamentaria), nonché quale sintomo della fusione, talora ridondante e prolissa, tra 'dato normativo' e '*interpretatio decemvirale*' ad opera dei commentatori tardo repubblicani²²²; allora - dicevo - se si tiene conto di tutto ciò, mi pare lecito trarre le seguenti conclusioni. Anzitutto l'inesistenza o l'invalidità di un testamento comiziale è, nel codice dei decemviri, realtà sinonimica della mancata elezione di un *suus* (< **sunus*?) a *heres*²²³. Di poi la perfezione di un testamento comiziale, ancora verso la metà del

possiamo in qualche modo arrivare. Quindi limitiamoci ad essi». Parimenti - sopeno sul nascere una inutile polemica - O. Di liberto, *Materiali*, 18 s. è persuaso del fatto che «quando il moderno interprete si propone di affrontare lo studio dell'ordine delle XII Tavole, non può che far riferimento all'ordine decemvirale quale presumibilmente doveva trovarsi nei Tripertita : e ciò appare evidente se si tien conto della circostanza che il solo ordine eliano era probabilmente noto a quegli autori che, dal I sec. a. C. in poi, ci offrono le notizie sopra richiamate in merito proprio alla successione delle norme nelle XII Tavole» (cfr., altresì, L. AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., 396). A mente di tali considerazioni, si può, insomma, concordare sul fatto che le disperse e frammentarie conoscenze del codice decemvirale (nella mediazione eliana) non permettono, se non in parte assai ridotta, un'operazione palingenetica dell'ordine e della successione delle materie disciplinate (cfr., sul punto, S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, I, Milano, 1981, 276 ss.; M. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 99; G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW, I.2, 1972, 127 s.); ma altrettanto vero è che recentissimi studi, tesi - pur nella consapevolezza della difficoltà di trovare dati testuali a supporto delle ipotesi avanzate - hanno dimostrato talune fallaci impostazioni di quella ricostruzione canonica (cui lo stesso Riccobono nei FIRA si è adeguato), che è frutto, invero, di una attività che vede, da un lato, nel Godefroy e, dall'altro, nel Dirksen e nello Schoell, i suoi fondatori (cfr. J. GOTHOFREDUS, '*Fragmenta XII tabularum*' [1616], poi in *Fontes Quattuor Iuris Civilis* [1653], in E. OTTO, *Thesaurus juris Romani*, III, Basileae, 1744; E.H. DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Leipzig, 1824; R. SCHOELL, '*Legis duodecim tabularum reliquiae*', Lipsiae, 1866 [seguito da O. LENEL, *Das Sabinsusystem*, in *Festgabe Jhering*, Strassburg, 1892, 4 ss.]). Si discorre, come è noto, del tentativo del Crawford, collocato in un'opera collettanea, fonte di numerose polemiche (M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes [BICS Supplement]*, II, London, 1996) e dei molteplici contributi del Diliberto, tra i quali segnalo: O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 403 ss.; Id., *Contributo alla palingenesi delle XII Tavole. Le 'sequenze' nei testigelliani*, in *Index*, XX, 1992, 229 ss.; Id., *Materiali*, I, cit., *passim* (su cui G. POMA, *Gaio, Gellio e le 'XII Tabulae'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 290); Id., *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa delle legge delle XII Tavole (sec. XVI-XX)*, Roma, 2001, *passim* (per un ulteriore ragguglio, cfr., da ultimo, Id., *Una palingenesi 'aperta'*, in H. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole*, cit., 220 ss. e nt. 1). Importanti note di metodo per la ricostruzione troviamo, altresì, in Amirante, Tondo e Lauria, che rimettono a frutto il criterio 'gotofrediano' - parzialmente

quinto secolo a.C., comporta l'istituzione, tra i soli *sui*, di 'un unico'²²⁴ *heres* (verisimilmente, come meglio si dirà di seguito, solo maschio e pubere), che lungi dall'essere il bonfantiano neomonarca della famiglia, ovvero il suo apice religioso-giuridico, si impone come un *primus inter pares* eletto in nome della unitarietà della compagine familiare; un soggetto *ipso iure* titolare, a far tempo dall'apertura della successione, della gamma di poteri individuati dalla qualità (o *status*) implicata nell'originario concetto, nient'affatto materiale, di *hereditas* (significante, già sotto il profilo etimologico, non di un 'coacervo di cose corporali', ma di un *quid* di

disatteso dal Dirksen e dai suoi epigoni - secondo cui la successione dei frammenti del commento di Gaio alle XII Tavole seguirebbe l'ordine stesso dell'opera commentata (cfr. L. AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., 391 ss.; Id., *Un'ipotesi di lavoro*, cit., 205 ss.; S. TONDO, *Profilo*, cit., 277; M. LAURIA, *Ius Romanum*, I.1, Napoli, 1963, 22 [in aperta critica al peculiare tentativo di M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Zivil - und Kriminalrechts wie Prozesses der Zwölf Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig, 1883]; Id., 'lura', 'leges', in *Atti Acc. Napoli*, LXXXI, 1970, 21 ss.). Sulla carenza di una storia della tradizione letteraria a medio della quale ci sarebbero pervenute le *leges* decemvirali, cfr. F. WIEACKER, *Zwölftafelprobleme*, in *RIDA*, III, 1956, 462; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹⁰, Roma - Bari, 2004, 86 s.; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993, 93, che sottolineano come imprescindibile punto di partenza siano stati i già citati *Tripartita* di Sesto Elio Peto Cato, console nell'anno 198 e giurista 'laico' fondatore dell'esposizione sistematica del diritto (Pomp. *I.s. ench.* D. 1.2.2.38), che, una volta premessa l'esposizione delle leggi, avrebbe fatto seguire loro un'*interpretatio* che, equiparata al testo del codice decemvirale, sarebbe divenuta una vera e propria *pars iuris* (Pomp. *I.s. ench.* D. 1.2.2.5-6): cfr. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 69; F. D'IPPOLITO, *Sulla giurisprudenza medio repubblicana*, Napoli, 1988, 91 ss.; Id., *Forme giuridiche di Roma arcaica*³, Napoli, 1998, 132, 228 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 19 s.; G. FRANCIOSI, *Per la storia dell'usucapione immobiliare in Roma antica. Un capitolo della storia delle dodici tavole*, in *SDHI*, LXIX, 2003, 12. Oltre ai *Tripartita*, di altri commenti alle XII Tavole, ci darebbero notizia, congetturalmente, Cic. *leg.* 2.23.59 (quanto al presunto commento di Lucio Acilio) e Fest. voce 'Sanates' 426 Lindsay (quanto al commento, forse, di Q. Valerio Sorano): cfr. M. BRETONE, *Storia*, cit., 60; ma vd. O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 24 s., che rileva sia come Sesto Elio e Lucio Acilio siano accomunati da Cicerone in quanto *interpretes* del testo decemvirale, e non in quanto autori di due commenti al codice, sia come sia solo il presunto *explanator* del testo decemvirale. Se prescindiamo, poi, dalle ipotetiche incursioni decemvirali di Quinto Mucio e di Servio, un commento, verisimilmente ampio, alle XII Tavole fu redatto sicuramente da Labeone (tale conoscenza è dovuta, essenzialmente, a tre brani gelliani: Gell. 1.12.18 sulle vestali, Gell. 6.15.1 in tema di furto, Gell. 20.1.12-13 sull'*iniuria*: cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 39 ss.); invero, non sappiamo di quanti libri, in totale, l'opera labeoniana si componesse, seppur si può intuire, attesa la presenza anche di aneddoti, che essa non fosse affatto breve: cfr. O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 30, 43 ss.; vd., altresì, E.H. DIRKSEN, *Uebersicht*, cit., 113, che pensa a dodici libri, mentre A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle 1873, 54, in

astratto che, come *benignitas* indica l'essere *benignus* e *societas* l'essere *socius*, fa riferimento all'essere nello *status* di *heres*)²²⁵.

Escluse, per i motivi sopravvisti, sia la tesi dell'«Arrogationtestament» (incapace di per sé di giustificare la duplicità rituale e funzionale dell'*adrogatio per populum* e del *testamentum calatis comitiis*)²²⁶, sia quella del «Legatentestament» (già da respingersi, a mio credere, solo per l'erroneo presupposto della originaria materialità del significato primario di *hereditas*, intesa appunto come *res corporalis*)²²⁷, giusta i molteplici e concordi indizi che, sino a prova contraria, fanno propendere per la antica risalenza dell'*heredis institutio* - a prescindere da quale sia

una con F.P. BREMER, *'Iurisprudentiae antehadrianae'*, II.1, cit., 81, opta per una consistenza di tre; tuttavia, come giustamente rileva P. HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, I, *Les sources*, Lyon - Paris, 1915, 19, «il n'existe point d'indice permettant d'attribuer à l'œuvre de Labéon douze livres plutôt que deux, ou vingt-quatre». Un altro commento («l'unico che ci è giunto in un numero congruo di frammenti»: O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index*, XVIII, 1990, 403) è quello di Gaio, noto grazie ai numerosi passi contenuti nei *Digesta* (cfr. O. LENEL, *'Palingenesia iuris civilis'*, I, Leipzig, 1889, 242 ss.): ritratta di un'opera suddivisa in sei libri (cfr. L. AMIRANTE, *Per una palingenesi*, cit., 391; O. DILIBERTO, *Materiali*, cit., 10), articolati verisimilmente secondo lo stesso ordine decemvirale (M. LAURIA, *Ius romanum*, I.1, Napoli, 1963, 22), sebbene non sia matematicamente certo (come, invece, vorrebbe il S. MORGESE, *Appunti su Gaio 'ad Legem Duodecim Tabularum'*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno in onore di S. Romano*, Torino, 1978, Milano, 1981, 109) che ad ogni libro corrispondessero esattamente due tavole della *Lex decemvirale*. Gaio, verisimilmente debitore dell'opera labeoniana e dei pregressi commenti (cfr. U.E. PAOLI, *Digesto 10.1.13*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e storia del diritto [Verona, 1984]*, I, Milano, 1953, 130 s.; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 204, F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII Tavole*, in *Index*, XX, 1992, 279 ss.), Gaio si sarebbe potuto avvalere solo dei primi commenti alla Legge delle XII Tavole la cui autorevolezza avrebbe pregiudicato un'operazione tesa a distinguere i *verba legitima* dalla loro interpretazione (F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., 163), essendo oramai da secoli indisponibile il testo originario (il cui supporto materiale, bronzo o legno: Dion. Hal. 10.57.7; Liv. 3.57.10; Diod. Sic. 12.26.1; Pomp. *I.s. ench.* D. 1.2.2.4), perduto non credo possa evincersi la esistenza ancora ai tempi di Cicerone di un testo ufficiale da Liv. 6.1.9-10, Cypr. *Donat.* 10; Cic. *de or.* 1.43.193, 1.44.195, Sidon. *carm.* 23.446-449; ILS 8987; sul punto cfr. F. D'IPPOLITO, *Le XII Tavole: il testo e la politica*, in *Storia di Roma*, I, Torino, 1988, 397 ss.

²²¹ I versetti che conosciamo, infatti, si presentano in una lingua assai diversa rispetto a quella in cui sono scritte le più antiche testimonianze epigrafiche, quali il cippo del *Lapis Niger* (CIL I 2², 1) o la dedica del *Lapis Satricanus* (CIL I 2², 366): cfr. M. BRETONE, *Storia*, cit., 87.

²²² Vd., sul punto, F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali*, cit., 163: tale fusione sarebbe attestata anche dalle «tracce eliane» presenti nel commento di Gaio alle XII *Tabulae*: commento basato non sul testo originale del codice decemvirale, ma su «un'opera nella quale l'originaria scrittura della norma e la relativa *interpretatio* si erano per così dire mescolate sino a confondersi,

stata, in origine, la sua effettiva portata - al più antico diritto testamentario romano (addirittura predecemvirale): incotestabile, certo, è il rilievo che la concezione classica della istituzione di erede (e ancor di più, per vero, quella bonfantiana e quella levy-bruhliana²²⁸) se di peso trapiantata nell'età più arcaica minerebbe seriamente il principio dell'unitarietà della comunità domestica (indefettibile in una civiltà che ancora non conosce un'economia tipicamente individualistica quale può essere il sistema a carattere autarchico familiare quale si affaccia nel sesto secolo a.C.)²²⁹, vanificando le aspettative dei membri della stessa compagine familiare, e ciò ha consequenzialmente condotto - a mio avviso

mediante quella 'tendenziosità' praticata dai giuristi antichi per piegare la legge alle ragioni del loro presente, così ben colta da Jhering, ed alla quale forse non si sarà sottratto Sesto Elio medesimo».

²²³ Se con C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*³, Bologna, 2005, 86, e con G. PASCUCCI, *Aspetti del latino giuridico*, in *Studi italiani di filologia classica*, XL, 1968, 24 ss. pensiamo a 'escit' come ad un presente con ampliamento (e non ad un futuro: ma vd. Fest. voce 'escit' Lindasy 68; Enn. ann. Vahl.² 494; Acc. trag. Ribb.³ 266), impiegato giammai come copula o come ausiliare, allora dovremmo considerare *suus heres* come soggetto (sostantivo *heres* e *suus* come attributo) del predicato verbale (in una proposizione in cui si rinviene un dativo di possesso): ma se, come ci insegna Benveniste (E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, trad. it., Torino, 2001, 61), *hered-* è in latino un aggettivo, che, peraltro, ritroviamo come nome del predicato nella formula classica, necessariamente imperativa, della istituzione di erede '*heres esto*' (cfr. A. MAGDELAIN, *La loi a Rome. Histoire d'un concept*, Paris, 1978, 51) sarei propenso a ritenere *suus* il solo soggetto e *heres* il complemento predicativo del soggetto, ovvero *heres* come attributo di *suus* (di modo che, tenendo presente il dativo di possesso, sarebbe possibile tradurre: 'e il *de cuius*, in quanto senza testamento, non ha come *heres* alcun *suus*'; oppure 'e il *de cuius*, in quanto senza testamento, non ha un *suus heres*'). Ma chi è il *suus* (sostantivo) di Tab. 5.4? Con Devoto ricordo che in latino i sostantivi propri per indicare il figlio e la figlia (sotto il profilo del rapporto genetico) sono caduti (G. DEVOTO, *Origini indeuropee*, Firenze, 1962, 244; *Id.*, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1990, 35, 102; *Id.*, *Gli antichi italici*, Firenze, 1951, 175): *filius* e *filia* sarebbero aggettivi dal verbo *felo* (succhio), epiteti descrittivi che indicherebbero il lattante, verisimilmente affiancato al termine classificatorio per indicare il soggetto maschio o femmina generato (E. ERNOUT - A. MEILLET, voce '*filius*', in *Id.*, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959). Invero, i termini indoeuropei per indicare il risultato umano del rapporto di filiazione sarebbero **sunus* (cfr. sanscrito *sunūs*; tedesco *Sohn*; inglese *son*) e **dhukter* (osco *futir*; tedesco *Tochter*; inglese *daughter*): sicché potrebbe ipotizzarsi, a mente delle osservazioni di Benveniste (E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, cit., 181 ss.), che ricostruisce congetturalmente la protoforma **sunus filius* (indicante il soggetto ancora sottoposto a potestà, letteralmente il generato lattante), una antica locuzione antitetica **su(n)us hereds* per designare il soggetto generato che, una volta privo del *pater*, lo sostituirà (sulla assenza di giustificazione sintattica e grammaticale di *suus* in Tab. 5.4, cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*⁶, Napoli, 1999, 208, nt. 41; in tema cfr., altresì, P.

inopinatamente - taluni a ritenere la contemporaneità della disgregazione dell'antico consorzio domestico (insorgente, *mortuo patre, inter fratres suos*)²³⁰ e l'introduzione della *heredis institutio*, di modo che quest'ultima si è ritenuta incardinarsi definitivamente nel testamento (librale) solo nella metà del quarto secolo a.C.²³¹; talaltri a pensare persino che essa ascenda agli inizi del secondo secolo a.C.²³² Ma tale tarda collocazione significa, anzitutto, mistificare le fonti, Gaio *in primis*, che non esitano a vedere nella *institio heredis* la *vis* di tutti i testamenti, tanto quelli ancora impiegati nel secondo secolo d.C., quanto quelli più antichi e oramai desueti: ed anzi se concepiamo il diritto testamentario

KIRK, '*Suus heres*', in ZSS, LVIII, 1938; A. GUARINO, '*Sui*' e '*adgnati*', cit., 132): locuzione che, pur non consacrata in Tab. 5.4, i più antichi commentatori delle XII tavole, stravolsero graficamente e semanticamente in *suus heres*.

²²⁴ Sull'unitarietà originaria dell'*heres* mi pare possa citarsi anche Plut. *Coriol.* 9, nonché Gai 2.103 ove si equipara l'unico *familiae emptor* all'*heres*; sulla '*suitas*' degli *heredes* cfr. Plaut. *Curc.* 639; *Moenechm.* 62; *Poen.* 77.

²²⁵ Il termine è, come tutti i sostantivi latini in *-tas*, un 'Eigenschaftsabstraktum', ossia segno etimologicamente incompatibile con il significante originario di 'complesso di *res corporales*': cfr. M. LEUMANN, *Lateinische Lat- und Formenlehre*, München, 1963, 243. Non condivido pertanto la linea di pensiero che vedono nella *hereditas* originaria una 'materialità': P.E. HUSCHKE, *Ueber die 'pro herede usucapio'*, in ZSS, XIV, 1847, 157 ss.; A. KÖPPEN, *Sysetm des heutigen römischen Erbrechts*, Jena, 1862, 22 ss.; R. AMBROSINO, '*Successio in ius*', '*successio in locum*', '*successio*', in SDHI, XI, 1945, 65 ss.; O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, cit., 120 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 301; B. BIONDI, *Obbietto dell'antica 'hereditas'*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 411ss. (originariamente in *Iura*, I, 1950). *Hereditas*, lo ripeto, è l'astratto che corrisponde allo *status* di un soggetto che si chiama, appunto, *heres*.

²²⁶ Utile è la rassegna di idee che si rinviene in M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., 105 ss.

²²⁷ Cfr., su tale tesi, in senso critico, B. BIONDI, *Appunti intorno alla 'donatio mortis causa'*, in *Scritti giuridici*, III, cit., 735 ss. (originariamente in AUPE, 1914); V. ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 578 ss.; C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in *Studi e questioni di diritto*, I, Napoli, 1910, 65 ss.; S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?*, in *Iura*, IV, 1953, 149 ss. (*Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972, 423 ss.); A. MAGDELAIN, *Les mots 'legare' et 'heres'*, cit., 159 ss.; B. ALBANESE, *Prospettive negoziali romane arcaiche*, cit., 111; U. VON LÜBTOW, *Die entwicklungsgeschichtlichen Grundlagen*, cit., 437, 444; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., 150.

²²⁸ Basata sul (condivisibile) rifiuto delle scuole di pensiero di stampo 'economicistico', e sulla assai discutibile teoria (evoluzionistica) patriarcale-politica della *familia* (quale ente precivico e pregentilizio assolvente le funzioni che, *ab urbe condita*, la *civitas* avrebbe svolto: per una convincente critica serrata a quest'ultima impostazione è imprescindibile la lettura di G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 261 ss., 291 ss., 315 ss.), la tesi del Bonfante in materia successoria, aderendo *in toto* al modello 'naturalistico' e 'politico', sostiene la totale estraneità del testamento (atto contenutisticamente espresso dalla

romano come un *processus* che amplifica sempre più la libertà dispositiva *mortis causa*²³³, invero, potrebbe vedersi nel celeberrimo riferimento gaiano al *caput et fundamentum*, in un'ottica che sappia cogliere le profondità della storia e non appiattisca i dati delle fonti, il contenuto più antico e caratterizzante (se non addirittura l'unico) del *testamentum*²³⁴, in cui, come ha messo in luce il Talamanca (seppur in un sistema ricostruttivo che, sotto il profilo cronologico dello sviluppo dei *testamenta*, sia sotto quello della portata originaria della *heredis institutio*, mi vede suo contraddittore), «non vi si potevano ... prendere disposizioni a titolo particolare, sia di carattere

istituzione di erede, inidoneo alla trasmissione del patrimonio, garanzia della sopravvivenza microscopica e macroscopica della famiglia e della *civitas*) al codice devemviarle, che al più avrebbe ratificato il diritto del pater di disporre con legati (modellati sul tipo della *donatio mortis causa*) e di nominare *tutor* soggetti diversi dall'erede: il *pater* è il sovrano del nucleo familiare, titolare di un potere politico che viene trasmesso, *a testato*, all'erede, figlio *in potestate* designato espressamente ad esclusione di tutti gli altri (per i quali, appunto contempla disposizioni a titolo particolare): vd., paradigmaticamente, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, cit., 6 ss.; ID., *L'origine dell'hereditas*, cit., 101 ss.

²²⁹ Sul punto vd. le illuminanti considerazioni di A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 88 ss.

²³⁰ Sappiamo, anzitutto da Gai 3.154a, che in presenza di più *sui* era contemplabile, *mortuo patre*, una forma di condominio tradizionalmente configurato come *societas* solidale (ossia tendenzialmente non per quote) e totale (ché i *fratres*, figli del *de cuius*, acquistavano solo con la morte del padre la capacità di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive e tale comunione riguardava la totalità dei rapporti di cui il padre era titolare): ovviamente, all'epoca in cui il giurista scrive, giacché il concetto di *habere familiam pecuniamque* si era pienamente sovrapposto a quello di *hereditas*, il quale ultimo indicava così o l'oggetto materiale della successione universale o il diritto di succedere *mortis causa* a titolo universale per diritto civile, sia i gentili che gli agnati che i figli, a prescindere dal titolo di successione (che poteva essere la volontà del *de cuius* o la legge), erano indicabili come eredi (*ex lege* o *ex testamento*); di contro, quando *heres* era solo il *suus* (unico) prescelto dal *pater* generalmente tra più *sui*, la comunione solidale era ipotizzabile solo tra *sui* (*adgnati proximi* successibili *ab intestato*) e non tra *sui heredes* (tali per legge o per testamento). Quindi, in assenza di testamento, se gli *adgnati proximi* erano più figli del *de cuius*, questi mediante occupazione o continuazione del possesso acquistavano *familia-pecunia* e si instaurava tra loro, *ipso iure*, un regime condominiale che, *consensu*, potevano convertire in una *societas ercto non cito* (): la quale *societas*, a detta di Gaio, dei soggetti *alii*, ossia diversi dai *fratres* successibili (senza riferimento, pertanto, ad ipotesi di sola successione *mortis causa*), potevano prendere come esempio e costituire, ovviamente dopo aver conglobato in un *unicum* il patrimonio di ciascuno (si da creare un *consortium* ancora totale e solidale), *certa legis actione*. Venendo ora al problema della scindibilità o meno della *societas* solidale (atteso che non paiono ipotizzabili dubbi di sorta circa la divisione, anche convenzionale, del consorzio solidale foggato ad esempio di quello fraterno), la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, in forza della *lex Licinnia* (cfr. Gai 4.17a: V. ARANGIO RUIZ,

patrimoniale (legati), sia di carattere personale (come le manomissioni)»²³⁵. Il testamento comiziale più arcaico non può essere l'atto paterno di nomina del 'nuovo monarca' del nucleo familiare (ché ciò cozza con l'esistenza, altrettanto risalente, del consorzio fraterno): tuttavia, come s'è detto, è verosimile che sia atto di designazione di un solo soggetto (*inter suos*) il cui *status* è individuato dall'astratto '*hereditas*'. Il testamento comiziale più arcaico non può essere atto che individua detto *heres* tra estranei (ché ciò cozza, sotto il profilo puramente storico, con il principio di continuazione unitaria del gruppo familiare, e, sotto quello ermeneutico, con il dato testuale che connette l'*hereditas* più

Frammenti di Gaio, in *Pubblicazioni della Società Italiana. Papiri greci e latini*, II, 1935, 42, nt. 3, che data detta legge al 210 a.C.; F.M. DE ROBERTIS, *Situazioni condominiali e disponibilità dell'intero: il richiamo alla 'lex Licinia'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, V, Torino, 1972, 121 ss., ritiene, invece, che la *lex Licinia* in questione sia la *lex Licinia de sodaliciis* del 55 a.C.), era certamente il mezzo processuale onde addivenire alla divisione (in età postdecemvirale), ma se – come si è detto – ogni *societas* a legittimazione solidale era oggetto di un *coire*, mi par lecito pensare che lo scioglimento potesse anche in età predecemvirale essere subordinato all'unanime volontà dei consorti. È innegabile, infatti, che il tema della divisibilità o meno del consorzio fraterno sia legato indissolubilmente a quello delle modalità di costituzione ché, ove si ritenga che i *sui* non potessero, morto il *pater familias*, impedire la costituzione del consorzio, *ipso iure* generato, è giocoforza inferire che tale sodalizio fosse indivisibile. Di contro, rimettere il *coire societatem* alla volontà delle parti secondo le forme di un atto negoziale formale conduce alla soluzione opposta, come mi pare ricavabile pianamente da Paul.-Fest. (Lindsay 72), a condizione che esso riguardi lo stadio anche originale del consorzio. Inoltre se è vero che è a partire dalla metà del quinto secolo a.C. i consorti (non solo i *sui* ma pure i *ceteri* o *alii* gaiani) erano ammessi, ciascuno, esplicitamente a porre fine allo stato di indivisione a mezzo dell'*actio familiae erciscundae* modulata secondo schemi derivanti e *lege XII tabularum* (Gai. 7 ad ed. prov. D. 10.2.1 pr.), tuttavia – anche abbandonando la scuola di pensiero che pensa al riferimento gaiano alle XII tavole un semplice omaggio alla tradizione: A. PERNICE, *Parerga I. Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, in *ZSS*, III, 1882, 70, nt. 2; S. TONDO, *Il consorzio domestico*, cit., 208 s. – nulla osta nel passo gaiano a pensare che, prima dell'introduzione della succitata azione, quale particolare *modus agendi* di scioglimento, non operasse lo scioglimento convenzionale (C. MASCHI, *Disertiones*, cit., 16 s.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 48 s., 57; Id., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1987, 104 s.), neppure là ove si dice che *namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur*, giacché ben si può pensare che il passo tratti 'di singoli coeredi' (parte) e non 'dei coeredi' (totalità), di modo che l'innovazione decemvirale sarebbe consistita nel dare a ciascun coerede il potere di ottenere con l'azione la divisione dell'eredità, in precedenza possibile solo con il consenso di tutti (cfr. G. CORNIL, *Du 'Mancipium' au 'Dominium'*, cit., 411 e 425; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 157, 162 ss.; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, 74 s. Così nello stesso Gai 4.17a, nel dire che *de hereditate dividenda inter coheredes eadem lex per iudicis postulationem agi iussit* si ricollega al codice decemvirale solo l'introduzione del mezzo processuale (l'antica *iudicis*

antica ai soli *sui*). Il testamento comiziale più arcaico non può essere atto presupponente la stessa libertà ed autonomia negoziali della forma testamentaria librale (ché tale ultima configurazione è solo, come s'è detto, postdecemvirale). Ciò puntualizzato, quanto al sistema successorio quiritario, atteso peraltro che Gaio non sembra affatto limitare l'ipotesi di consorzio fraterno – come per lo più, invece, si intende – ad una duplice condizione (ossia morte del padre ed assenza di testamento), ma unicamente alla *mors patris familias*²³⁶, par ben lecito vedere – come sopra si preannunciava – nell'*heres* il solo *suus*, necessariamente pubere e maschio²³⁷, designato con *lex paterna, calatis comitiis*, come un *primus inter*

postulatio: M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato, Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*. Atti del convegno internazionale di diritto romano [Copanello 1996], Napoli, 1998, 131 ss.), e non affatto il potere dei consorti di provocare la 'divisione'. Quanto a Gellio, esso rappresenta effettivamente il solo vero ostacolo: ma non può tacersi che nel passo l'aggettivo *inseparabilis* (sempre che non sia una esagerazione dell'autore) è attribuito della *societas* pitagorica e nient'affatto del consorzio solidale fraterno (addotto dall'erudito solo come paragone); né va dimenticato che, in verità, la scissione del consorzio fraterno era configurabilissima (I. PIRO, '*Consortium*', '*heredium*' e storia dello '*ius gentilicium*', in *Labeo*, XLV, 1999, 281 nt. 18.): ad esempio, essa verisimilmente poteva essere provocata dalla morte o dalla *capitis deminutio* anche di un solo *consors* (in questo senso: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 101; M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., 816; vd., comunque, a favore della inscindibilità qui contrastata, G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas inseparabilis*', cit., 156 ss.), e comunque contro la inscindibilità – anche a non voler ammetter tale ultima ipotesi – milita la impossibilità della congettura affacciata da taluni studiosi (E. RABEL, *Erbengemeinschaft und Gewährleistung: rechtsvergleichende Bemerkungen zu den neuen Gaiusfragmenten*, in *Mnemosyna Pappulias*, Atene, 1934, 201; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, Torino, 1938, 40 s., 47 s.; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 8) che non disdegnano l'idea di un consorzio che si protragga per diverse generazioni: con M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., 816, ricordiamo che, invero, «non si hanno tracce nelle fonti dell'esistenza di grossi raggruppamenti familiari cui si applicasse il regime del nostro istituto, il che sarebbe stato inevitabile nel caso che il *consortium* si perpetuasse per varie generazioni». Ciò ci attestano sia Valerio Massimo che Plutarco con il riferimento a 'sedici gentili' *Aelii* (Val. Max. 4.4.8; Plut. *Aem.* 5.6-9, 28.12-13), evidentemente consorti di una sola generazione.

²³¹ Così F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, in *Festschrift Siber*, I, Leipzig, 1941, 39 s.; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., 159 s.

²³² S. SOLAZZI, *Una data per il testamento romano?*, cit., 423 ss.

²³³ Vd., incisivamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 717.

²³⁴ Gai 2.229.

²³⁵ Così, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 717.

²³⁶ Non seguo, in questo punto, quanto argomentato dalla Aricò Anselmo secondo cui l'ipotesi affacciata dal Tondo (S. TONDO, *Ancora sul consorzio domestico* cit., 607) circa un possibile instaurarsi del consorzio fraterno anche tra *sui* vocati per testamento, troverebbe «un insuperabile ostacolo nelle parole di Gaio: '*Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat...*

pares tra i *fratres sui* puberi: se in presenza di un solo figlio pubere, in altre parole, era naturale che questo si surrogasse, divenuto capace giuridicamente, nella sfera di potere del *pater*, la presenza di più *sui* (destinati a divenire tutti *sui iuris, mortuo patre*) necessitava di cautele ulteriori. O era il *pater*, quale unico titolare del patrimonio e unico sacerdote (ossia, a mio avviso, non unito con altri *fratres* in consorzio) mediante testamento, a indicare chi tra essi avrebbe avuto potere di amministrazione e di disposizione sul patrimonio, quanto al profilo giuridico-economico, nonché capacità rappresentativa del gruppo dinanzi agli dei, quanto ai *sacra familiaria*, o erano gli stessi *fratres sui*, in assenza di tale designazione, a determinare il regime gestorio del consorzio, nel quale era usitato essi, quali novelli *patres familiarum*, rimanessero uniti. Si perde *in toto*, così, la figura bonfantiana dell'*heres* monarca assoluto della famiglia (se non della stessa *gens*), incompatibile tra l'altro con «l'inconscio richiamo»²³⁸ gaiano-

societas...', da cui appare certo che il venir in essere di tale *societas* si collega direttamente e unicamente alla morte del *pater*, con conseguente esclusione di una sua possibile dipendenza da una qualunque manifestazione di ultima volontà dello stesso *pater*»; donde «l'esclusiva appartenenza del *consortium* al terreno della successione *ab intestato*» seppur «rimarrebbe da stabilire in presenza di quali presupposti la morte del *pater familias* desse luogo all'automatico instaurarsi del consorzio» (G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas inseparabilis*' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno, in '*Iuris vincula*'. Studi in onore di M. Talamanca, I, Napoli, 2001 [nonché in AUPA, XLVI, 2000, 77 ss.], 152, nt. 5). A prescindere, ora, da quanto si dirà in tema di automatismo sulla costituzione del consorzio, a me pare che da Gaio possa ricavarsi proprio l'opposto di quello che la studiosa sostiene: se è la sola morte a creare il consorzio (e null'altro), allora Gaio non specifica affatto se il *decedere* del *pater* sia *a testato* o *ab intestato*, donde la plausibilità del collegamento del consorzio fraterno a ogni tipo di morte.

²³⁷ Cfr. la persuasiva ricostruzione di A. GUARINO, *La 'lex XII tabularum' e la tutela*, cit., 31 ss., ad avviso del quale, una volta constatata la preferibilità della versione retorica di Tab. 5.3, e quindi la assenza nelle fonti di qualche riferimento alla regolamentazione o introduzione decemvirale della tutela, si deve ritenere sia che fosse l'*heres suus* (D. 26.4.6) ad avere *vis ac potestas* (D. 26.1.1 pr.) su impuberi e donne (soggetti, all'epoca, non solo incapaci d'agire, ma pure di diritto), sia che l'*heres suus* non potesse ovviamente essere una *mulier* o un *impubes*: e ciò a più forte ragione se, come io credo, detto *heres* era solo un *suus* designato dal testatore, e non anche un qualsiasi figlio (pubere) in caso di decesso *ab intestato* (su questa via s'è posto di recente anche O. SACCHI, *L'antica eredità e la tutela. Argomenti a favore del principio di identità*, in SDHI, LXVIII, 2002, 589 ss.).

²³⁸ Cfr., in questo senso, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 518 (in critica alla posizione di M. BRETONE, '*Consortium*' e '*communio*', in *Labeo*, VI, 1960, 163 ss.), il quale interpreta Gai 2.157 (senza richiamare, tuttavia, D. 28.2.11) come vestigia dell'antichissima forma precittadina di comunione indifferenziata della cd. comunità domestica.

sabiniano (Gai 2.157; D. 28.2.11)²³⁹ alla contitolarità dei figli, *vivo quoque parente*, del patrimonio domestico; si acquista – entro una cornice che solo in parte e solo per un lasso di tempo limitato corrisponderebbe alla ‘Hausgenossenschaft’ del diritto germanico²⁴⁰ – quella dell’*heres* rappresentante dell’interinale consorzio tra *fratres sui*; figura che, nella sua polidricità e pariteticità, risulta perfettamente consentanea all’idea della continuazione dell’unità familiare (seppur in vista della futura ed inevitabile frantumazione dell’originario patrimonio in tante famiglie quanti erano i *consortes*), in perfetta armonia col principio collettivistico e quello gerarchico. Se è vero, dunque, che il *pater* non è suscettibile di ridursi ad un «manager of the household property»²⁴¹, ché egli ha innegabilmente un ruolo di assoluta preminenza²⁴² e non una mera ‘Leitungsgewalt’²⁴³, altrettanto vero è che, in forza di quanto s’è sin qui detto, l’*heres* più antico ben possa identificarsi in quel soggetto che dal *pater* era, *testato*, scelto (per quelle doti che lo rendevano preferibile agli altri *sui*) come rappresentante di quel consorzio nel quale il vincolo di *fraternitas* legava *inter se* i nuovi *patres familiarum* (discendenti puberi del *de cuius*), e quindi *pro tempore* associava più nuclei familiari, in attesa ovviamente dell’*erctum citum*, ossia della provocazione della divisione della *pecunia* e della *familia* in una

²³⁹ Cfr., altresì, Coll. 16.3.6; Paul. Sent. 4.8.6; I. 2.19.2, 3.13.

²⁴⁰ Anzi, atteso il suo atteggiarsi, a rigore dovremmo parlare per Roma di una ‘Überhausgenossenschaft’. Il *consortium* fraterno è stato interpretato come la ‘Haugemeinschaft’ dei diritti germanici da F. WIEACKER, ‘Societas’. *Haugemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, 129 ss., 153 ss., 161; Id., *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, in *Festschrift Siber*, I, Leipzig, 1941, 3 ss.: si tratterebbe non di una semplice comunione di patrimonio (‘Vermögensgemeinschaft’), ma di una associazione di natura familiare (‘familienrechtlicher Verband’), perpetuazione appunto di una ‘Hausgenossenschaft’, ove i *sui* sarebbero stati titolari di diritti paritetici a quelli del *pater* (conformi a tale impostazione: E. RABEL, *Erbengemeinschaft*, cit., 187 ss.; E. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS*, V, 1934, 279 ss., 283 ss.; M. KASER, *Das altrömische ‘ius’*, cit., 159 s.; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1954, 24 ss.; W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische ‘consortium’*, in *Annales Fac. de droit d’Istanbul*, IV, 1954, 65 e nt. 17; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 517 ss.; C.W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, II, Copenhagen - London, 1934, 5 ss., 24 ss.; Id., *Introduction to Early Roman Law*, III, Copenhagen - London, 1939, 148 ss., 233 ss., 240, 250, 264 ss.

²⁴¹ C.W. WESTRUP, *Introduction to Early Roman Law*, II, cit., 27.

²⁴² Cfr. Cic. *senect.* 11.37; Cic. *tusc.* 2.21.47-48; Gell. 5.19.9; Dion. Hal. 2.26.4, 2.27.1; Dio Chrys. *or.* 15.18-20; Coll. 4.8.1; D. 50.16.215; CTh. 4.8.6 pr.; C. 8.46(47).10. Cfr., sul punto, con ampia bibliografia, M. BREONE, ‘*Consortium*’, cit., 166 s. e ntt. 13-20.

²⁴³ Così, invece, F. WIEACKER, ‘*Societas*’, cit., 129, 149.

pluralità di singole *sortes* (divisione, che, come meglio si vedrà oltre, era determinabile anche in età predecemvirale o con atto di volontà di tutti i *fratres sui*, o con la morte anche di uno solo di essi). Il testamento comiziale era espressione, dunque, della seguente volontà, resa necessariamente pubblica al popolo: che il gruppo familiare, patrimonialmente e sacralmente, continuasse, *patre mortuo*, ad esistere sotto la guida di un *primus inter pares*, e ciò fintantoché il vincolo generale di *fraternitas*²⁴⁴ non fosse venuto meno, o fintantoché non fosse divenuto diseconomico per i *fratres sui*, ad esempio dato l'incremento eccessivo del 'capitale', rimanere in una situazione consortile e, pertanto, fosse conveniente o necessario dissolvere l'unitario *mancipium* (e la *possessio*) in plurimi nuclei domestici.

In assenza di testamento e in presenza di discendenti *in potestate*, la *familia* e la *pecunia*, comunque, si trasferiscono (invero non proprio automaticamente, ma attraverso una 'accettazione' che, quale atto realizzativo dell'acquisto, consiste, *facto concludente*, nella continuazione del possesso per gli *adgnati sui* del *de cuius*, oppure nella materiale *adprehensio* da parte degli altri *adgnati*) all'agnato più vicino, che è, appunto, il figlio unico, tanto naturale quanto civile (con conseguente traslazione in suo capo, in modo esclusivo, del *mancipium* e della *possessio* paterni), ovvero ai più *adgnati proximi* di pari grado sono, appunto, i due o più discendenti diretti²⁴⁵: è tra questi che, *mortuo patre*, insorge

²⁴⁴ Cfr., sul punto, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1947, 426 ss.

²⁴⁵ Si pone, all'evidenza, il problema delle modalità attraverso le quali si attuava a favore degli agnati (e, di poi, in assenza di adgnati, dei gentili) il (comune) schema acquisitivo che nella versione giuridica di Tab. 5.4, implementata da quella retorica, è lecito definire '*familiam <pecuniamque> habere*' e, quindi, si tratta del problema dell'automaticità o meno della successione, in primo luogo, e, in secondo luogo, nell'ipotesi di una pluralità di successibili *ab intestato*, della questione circa la identificazione del tipo di comunione e del regime di quest'ultima. Anzitutto se sono corrette le nostre idee circa il significato originario di *hereditas*, nettamente separato da *familia pecuniaque*, l'uno facente riferimento allo *status* di *heres* ovvero all'essere il successore politico, religioso, patrimoniale del *pater* morto predeterminato attraverso testamento comiziale, l'altra era endiadi indicante in senso materiale la duplice natura del complesso di posizioni soggettive facenti capo al *de cuius* al momento della sua morte. La successione era necessaria, ossia avveniva per automatismo né poteva essere oggetto di rinuncia: il *suus* eletto *heres* per diritto civile antico non aveva strumenti tali che gli consentissero di evitare la successione. Questo per la *hereditas* che altro è dalla pecunia e dalla *familia* riservate all'*adgnatus proximus* e ai gentili. La versione retorica, invero, quanto alla successione di questi due ordini è formulata così: '*familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto*'. Indica cioè, entro una proposizione imperativa, attraverso un genitivo di appartenenza la relazione di diritto (e di fatto)

ipso iure uno stato di comunione patrimoniale la quale, verisimilmente mediante il volonatrio ricorrere ad una '*certa legis actio*' da parte dei cd. *fratres sui*, è suscettibile di essere organizzata nella forma di un *consortium*²⁴⁶ che, rimanendo indiviso sino alla morte anche di uno solo dei *consortes*, ovvero sino al permanere della *voluntas* in tal senso di questi ultimi, si connota per un regime (assai distante da quello classico del condominio) in virtù del quale anche ad uno solo dei *fratres* (come l'*heres*, *primus inter pares*) siano attribuibili sia poteri ampissimi di rappresentanza della '*societas exco non cito*', sia poteri pressoché illimitati di amministrazione dell'intera *familia* e dell'intera *pecunia*, ossia tale

intercorrente tra i successibili e l'oggetto della successione (in nominativo), relazione che viene sciolta con il verbo avere all'imperativo e l'oggetto della successione (limitato alla sola *familia*) in accusativo nella versione giuridica (con *adgnatus* e *gentiles* in caso nominativo). Quali erano le modalità dell'acquisto di detta *pecunia* e *familia*, dunque, allorché essa non fosse passata *ipso iure* al *suus* che alla morte del *pater* diveniva *heres*? V'è chi ha sostenuto sia per gli *adgnati* che per i *gentiles*, parimenti, un acquisto 'automatico' in virtù della sola delazione (P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 58 ss., 77 ss.; M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., 19); chi invece l'ha recisamente negato con solide argomentazioni cui qui non posso che rinviare (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 103 e nt. 19; M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 462). Per aggiungere qualche considerazione personale sul punto, io credo che, quanto all'ipotesi dell'assenza di una disposizione paterna circa le sorti del complesso delle sue posizioni per il tempo in cui avesse cessato di vivere (disposizione che eliminava ogni dubbio e ogni problema pratico a riguardo), si debba tenere a mente quanto segue: se *esto* della versione retorica, con genitivo possessivo sia di *adgnati* che di *gentiles*, sembra far riferimento alla necessità di un acquisto da parte di questi due *ordines* (in forza del solo essere chiamati), il verbo esplicativo *habere* della versione giuridica sembra denotare maggior attenzione al modo di acquisto della *pecunia-familia* che all'effetto dell'acquisto (ossia l'antico istituto romano corrispondente, nella sua duplicità, seppur in modo pressappochistico, della proprietà), allora mi par lecito ipotizzare che l'*esse adgnatorum gentiliumque* (specificazione, *sub species* delle conseguenze della successione *ab intestato*, del modello del *meum esse*) si realizzasse attraverso l'*habere* (maggiormente denotativo del *modus acquirendi*) degli stessi chiamati alla successione *ex lege* ossia attraverso l'attività materiale consistente nella continuazione a possedere *pro patre* (ipotesi riguardante il *suus* o i *sui* che, in buona sostanza, quindi succedevano *quasi ipso iure* alla morte del padre) ovvero l'occupazione (*adprehensio*) della *pecunia* e della *familia* (per quanto riguarda gli altri agnati, cui si richiedeva un atto di apprensione-accettazione). Quindi solo nel caso dell'*heres*, come *supra* inteso, si prescinderebbe *in toto* da un vero e proprio atto di realizzazione dell'acquisto, laddove, prospettandosi l'ipotesi per cui, *intestato*, esista o un solo *adgnatus* (tanto un solo figlio, quanto un solo collaterale) o un solo *gentilis*, l'*habere* e l'*esse* - riferiti quali schemi operativi omogenei a entrambi gli *ordines*, senza distinzioni di sorta - l'acquisto non sarebbe automatico ma subordinato alla presa di possesso o alla continuazione del possesso (ipotesi questa ultima che faceva apparire pressoché immediata la successione del figlio).

che, appunto, *'vel unus ex sociis'* sia ammesso, senza i vincoli congeniti ad un sistema di quote, a disporre anche sul tutto²⁴⁷. In assenza di testamento e in assenza di discendenti *in potestate* la *familia* e la *pecunia* passano, mediante occupazione, all'agnato collaterale unico più vicino, ovvero, in presenza di più *adgnati proximi* di pari grado, a questi ultimi che *concurso fiunt partes communionis* (successione collettiva progressiva) secondo un regime che naturalmente è quello basato sulle quote (proto-condominio classico), a meno che essi, ovviamente, non vogliano, attraverso una *certa legis actio, coire eamdem societatem ad exemplum fratrum*, e quindi dando vita ad un consorzio imitativo

²⁴⁶ Prendiamo qui in esame, dopo aver constatato la necessità di un'atto realizzativo del *familiam pecuniamque habere* da parte dei successori (effettivo per i gentili e i collaterali, fittizio per i *sui*), il problema circa il regime comunistico vigente in presenza di plurimi chiamati. In altre parole: che accade nell'ipotesi in cui ad essere destinatario di una vocazione *ex lege* non sia un singolo, ma una pluralità di soggetti (*adgnati, gentiles*)? Quali sono, cioè, le modalità di acquisto della *pecunia* e della *familia* allorché vi siano più discendenti, più collaterali o più gentili? Procediamo per ordine, e iniziamo in questa con il caso di un *pater* morto senza testamento che lasci più figli. Secondo una interpretazione che può definirsi comune, dalla lettura di Gai 3.154a - passo restituitoci grazie ai frammenti di Antinoe (V. ARANGIO RUIZ, *PSI*. 1182. *Frammenti di Gaio*, in *Papiri Greci e Latini. Pubbl. Soc. Italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto*, XI, 1935) che hanno integrato lacune del palinsesto veronese - si inferirebbe la insorgenza automatica di un consorzio a legittimazione solidale tra i cd. *fratres sui* (espressione su cui vd. A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, II, Uppsala - Leipzig, 1941, 151 s.): per la formazione automatica del *consortium fratrum suorum*, secondo un'idea essenzialmente fondata sull'uso in Gaio di *'erat'* da intendersi come *'esisteva senz'altro'*, cfr., entro una sterminata letteratura (per cui rimando a L. MONACO, *'Hereditas' e 'mulieres'. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 31 ss.), V. ARANGIO RUIZ, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR*, XLII, 1934, 598 ss.; *Id.*, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 7, 16 ss., 93, 125 ss.; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 13 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 61; M. BRETONE, *'Consortium'*, cit., 169 e nt. 5 (con utile ragguglio di letteratura); vd., altresì, in tema, S. TONDO, *Il consorzio domestico*, cit., 142; *Id.*, *Ancora sul consorzio domestico nella Roma antica*, in *SDHI*, LX, 1994, 604. Quanto alla tendenziale originaria inseparabilità del consorzio, si sono pronunciati in questo senso: P. FREZZA, voce *Consortium*, in *NNDI*, IV, Torino, 1959, 246; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1964, 204; e, da ultima, G. ARICÒ ANSELMO, *'Societas inseparabilis' o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001 (nonché in *AUPA*, XLVI, 2000, 77 ss.), 158, la quale, ritenendo che prima della introduzione del *lege agere familiae erciscundae*, fosse inconcepibile la separabilità del consorzio, sostiene che Gell. 1.9.12 sia un testo che «ha dato, comprensibilmente, parecchio filo da torcere ai sostenitori della congenita 'separabilità' dell'antichissima comunione fraterna», giacché a fronte dell'aggettivo *inseparabilis* in esso contenuto in riferimento al consorzio, i contraddittori della inscindibilità senza risultati «hanno tentato di liberarsi dell'ingombrantissimo ostacolo 'anche a costo di negare l'evidenza'»; parimenti

che, come quello *inter fratres suos*, sia totalizzante, ossia comprensivo non solo della *familia pecuniaque* trasmessa *mortis causa*, ma anche dei patrimoni preesistenti facenti capo ai singoli *consortes*²⁴⁸. Se quindi, in assenza di testamento, e in assenza di figli, succede *ab intestato* il collaterale con rapporto agnatizio più stretto, con eventuale successione collettiva dei più *adgnati* di pari grado (che, come s'è detto, acquistano nella forma del proto-condominio per quota); indi, in assenza di agnati, succedono, verisimilmente secondo le stesse logiche e dinamiche sopravviste, i

L. MONACO, *'Hereditas'*, cit., 37 s., ritiene che «la pretesa atecnica di Gellio, comprensibile al limite per un uso tecnico di un termine giuridico, non coinvolge l'uso di un termine che rappresenta piuttosto un concetto, estremamente chiaro anche nel suo significato 'volgare'» e che i *fratres* dunque vivano «in un regime di comunione forzata, inscindibile, che riserva ad ognuno di essi amplissimi poteri sull'intero patrimonio» (contro tale impostazione cfr., tuttavia, per tutti, da C.A. MASCHI, *Disertiones. Ricerche intorno alla divisibilità del consortium nel diritto romano antico*, Milano, 1935, *passim*; S. TONDO, *Ancora sul consorzio domestico*, cit., 208 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990; 409; Id., voce *Società*, cit., 816; G. CORNIL, *Du 'Mancipium' au 'Dominium'*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Berlin, 1939, 411, 425; A. HÄGERSTRÖM, *Der romische Obligationsbegriff*, II, Uppsala - Leipzig, 1941, 153, 157; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 53 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 1950, 6 s.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 230 s.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichter*, Köln - Graz, 1957, 157, 162 s.; S. TONDO, *Il consorzio domestico*, cit., 206 ss.). E detto consorzio-società è stato concepito, sotto il profilo definitorio, ora come l'esclusiva forma di comproprietà antica (V. ARANGIO RUIZ, *Il nuovo Gaio*, cit., 592 ss., 603 ss.; *contra*: M. BRETONE, *'Consortium'*, cit., 169 ss., 178 ss., proteso a rivalutare gli aspetti familiari dell'antico consorzio), ora come un condominio che si atteggiava a *societas re contracta* (così, anzitutto, E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio [PSI. XI Nr. 1182]*, in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, 468; ma vd., pure, P. FREZZA, *'Actio communi dividundo'*, in *RISC*, VII, 1932, e ora in *Scritti*, I, Roma, 2000, 30 ss.), ora come una *communio* con aggiunta di una *societas consensu contracta* (vd., anzitutto, S. SOLAZZI, *'Societas' e 'communio' [a proposito di Gai 3.154]*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 427 ss.), ora come la *'Haugemeinschaft'* dei diritti germanici (F. WIEACKER, *'Societas'. Haugemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, e *Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfänge des römischen Testaments*, *Festschrift Siber*, I, Leipzig, 1941, 3 ss.; *contra*: B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 69 ss.). Quanto al regime del consorzio, stando all'interpretazione pressoché costante di Gai 3.154a, *l'illud proprium*, il suo dato caratteristico, sarebbe, invero, un regime che nessuno può non definire come assurdo e incomprensibile (anche per un classico come Paolo che, in D. 41.2.3.5, afferma che *plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris ... non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*): secondo tale regime, infatti, sarebbe stato dato a ognuno dei consorti

membri della *gens* (che costituiscono così una forma di condominio non per quota, salva volontà contraria)²⁴⁹.

Ma, ad onor del vero, prendendo ora in esame la versione retorica (*si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius adgnatum gentiliumque esto*), a parte la maggior puntualità dell'endiadi *familia pecuniaque* rispetto alla versione giuridica, che ha solo *familia*,²⁵⁰ o a quella ricostruita dal Voigt come *domus pecuniaque*²⁵¹ e la assenza della relativa introdotta da *cui*, in buona sostanza, rende con uno stile più telegrafico, maggiormente consona alla *brevitas* decemvirale, i medesimi criteri testé compendiati. Il binomio che unisce i termini *familia* ('Hausgut') e

(indistintamente) di disporre, non secondo i limiti di una quota o di una parte, ma totalmente delle cose di tutti e con effetti verso tutti (cfr., *ex plurimis*, nel senso di una 'solidarietà' di tal fatta e quindi nel senso di un 'dominio plurimo integrale', B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 60 ss.; S. TONDO, *Ancora sul consorzio*, cit., 611, ntt. 63 ss.; P. FREZZA, 'Consortium', cit., 247, e Id., *L'istituzione della collegialità in diritto romano*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 529 ss.; W. KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis*, cit., 56 ss.; contro tale ricostruzione, S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio II*, in *Studi per il XIV Cent. della Codif. giustin.*, Pavia, 1934, 448; Id., 'Tutoris auctoritas' e 'consortium', in *SDHI*, XII, 1946, 34 s.). La ricostruzione dell'istituto sia, come comunemente configurata (seppur con le molteplici sfumature che la connotano), non mi convince in pieno. Prescindiamo, per ora, dalle pretese puntuali definizioni dei moderni e torniamo agli antichi, anticipando solo che, da un lato, la identificazione del consorzio *ercto non cito* nell'unica forma di comproprietà cozza con la limitazione del dettato gaiano, nel suo intento descrittivo di struttura e disciplina, solamente alla *societas* fraterna e a quella 'imitativa' (in una elencazione che non pare affatto esemplificativa, e che non pare, dato il tenore, idonea a estensioni congetturali a quanto trattato dal giurista nel passo delle istituzioni mancante dopo 3.154b); dall'altro, l'idea del consorzio fraterno come 'atto complesso' distinto dal condominio, ossia dato dalla somma di un originario condominio e di un contratto consensuale, mi pare contrastare con la unitarietà dell'istituto quale traspare dalle fonti; dall'altro ancora l'etimologia di *consortium* e la descrizione di Gaio ostano alla tesi di Wieacker (cheché ne dica G. BIANCHINI, *Studi sulla 'societas'*, Milano 1967, 6 ss.); quanto all'identificazione del condominio come *societas re contracta*, ad onor del vero, si presuppone una equazione indimostrabile (se non sulla base di fonti corrotte). Gaio non parla di un *consortium*, come fa invece Gellio, ma di una *societas* per così dire *legitima* e al contempo *naturalis*, quale sovracategoria entro cui si distinguono due tipi specifici (i soli previsti), ossia la *societas fratrum suorum* e la *societas ceterorum qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint*: e punto di contatto tra le due testé citate fattispecie è l'essere *aliud genus societatis*, un 'altro tipo di società' contrapposto alla *societas iuris gentium quae nudo consensu contrahitur*, e non certo, come voleva il Gaudemet, «une institution absolument différente» (J. GAUDEMET, *Étude sur le regime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris, 1934, 51 ss.). Quanto al significato di *consortium*, da Servio (nel commentario *Ad Aeneida* 10.14, ove *sors* è vocabolo equiparato al greco 'kleros'), da Plauto (*Most.* 592, 588-599, 612, ove *sors* indica il capitale) nonché da Festo (Lindsay 381, ove si trova scritto: '*Sors*' et *patrimonium significat. Unde consortes dicimus; et dei responsum et quod inique accidit in sortiendo*) e

pecunia ('Eigengut') quali oggetto del potere di un *pater*, infatti, è sintomatico di una concezione del 'patrimonio' altra rispetto a quella classica: atteso che 'res' indicante «ogni parte limitata (o concepita come tale) del mondo esteriore, idonea ad appagare bisogni umani e suscettibili di sfruttamento a esclusione di altri» è nozione sì antichissima, ma priva di quella connotazione tecnico-giuridica per indicare tutto quello che, con un segnopiù recente, sarà chiamato 'patrimonium', il binomio in questione è potente rivelatore, anzitutto, del fatto che «nell'esperienza romana arcaica non era ancora determinata la distinzione, delineatasi lentamente in seguito, tra persone e patrimonio» (in quanto seppur «esisteva

da Isidoro di Siviglia (*Orig.* 10.51: *Consors, eo quod ad eum pars pertinet bonorum. Nam sortem veteres pro parte ponebant. Consors ergo, quod sit communis sorte, sicut dissors dissimilis sorte*) possiamo inferire che esso indichi una 'contitolarità' di più *sortes-partes* costituenti un patrimonio (la *familia-pecunia*): la nozione di consorzio, quindi, credo sia almeno in tal contesto eminentemente di natura patrimonialistica e che almeno un abbozzo del concetto di quota possa in realtà ipotizzarsi, anche alla luce dei rilievi che seguiranno. Gaio, inoltre, spiega la locuzione '*ercto non cito*' con cui qualifica la *legitima quaedam et naturalis societas*, sciogliendola con l'ablativo assoluto '*dominio non diviso*' (B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 210) vale a dire da 'essendo la proprietà non divisa', al pari di Servio che nel commento ad *Aeneida* 8.642 rammenta come il participio *citus*, con la prima sillaba lunga, stia per 'diviso', mentre *citus*, con la *i* breve, significhi 'veloce'. E ciò contro il significato primo del verbo *ciere*, ossia provocare (cfr. A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *cieo* in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 119; A. WALDE, voce *cieo* in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg 1965, 213). In Gai. 2.219, in tema di *actio familiae erciscundae*, invece, è il verbo *ercisci* che si intende come *dividere*: ciò è in piena contraddizione, quindi, sia con *erctum* ricollegato ad *erus* in Gai 3.154a (come in D. 9.2.11.6: cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma 1994, 257 ss.), sia con *ciere* nel suvvisto significato, benché risulti in parziale sintonia con Festo (che, secondo il compendio di Paolo Diacono [Lindsay 72], '*erctum a coercendo dictum. Unde et erciscendae et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo*', e che intende *inercta* come 'indivisa' [Lindsay 97]) e con Cicerone (*de orat.* 1.56.237): vd. ERNOUT - A. MEILLET, voce *ercisco*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 200; A. WALDE, voce *cieo*; voce (*h*)*erctum*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg 1965, 640). L'ablativo assoluto '*ercto non cito*', dunque, potrebbe essere reso, a mio credere, con 'non essendo stato oggetto della provocata divisione' (da *erctum cieri* 'provocare la divisione'): donde, assumendo detto *nomen* come originario o comunque come alto-arcaico (M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., 815, nt. 12, difatti, è consapevole del fatto che «la denominazione presuppone la divisibilità del *consortium*, sopraggiunta od originaria che fosse»), si pongono o già per le origini o comunque per epoca affatto risalente, anteriore alle XII Tavole, alcuni seri dubbi circa la sua automaticità e indivisibilità, *mortuo patre*. Tale consorzio, come ricaviamo dalla lettura di Gaio, sappiamo anzitutto essere nominalmente definito *societas* e, da Gellio, ricaviamo che esso era, sostanzialmente, sempre l'oggetto del '*coire*' dei futuri consorti (e ciò, invero, tanto per quello dei *fratres sui* tanto per quello di

già ... la distinzione tra persone (esseri umani) e cose» tuttavia «si aveva anche per le prime una diretta considerazione, sul piano giuridico, del valore economico» giacché «persone e cose risultavano sottoposte, in tratti essenziali, alla medesima disciplina giuridica»²⁵²); di poi, del fatto che il potere che unitariamente è ascrivibile al *pater* non si specifica affatto a seconda dell'umanità, o meno, dell'oggetto del potere stesso, ma si dicotomizza a seconda della giuridicità (il *mancipium* indistinto sulla *familia* di elementi umani, reali, animali) o meno (*possessio* sui beni non essenziali per l'economia domestica, la *pecunia*) del potere stesso.

alii a imitazione di detti *fratres*): e tale verbo - come è innegabile - viene impiegato per indicare l'addivenire volontario al contratto *iuris gentium* consensuale di *societas* (Gai 3.148-149), che è sì *aliud*, ma pur sempre appartenente ad un più ampio *genus* che ricomprende entrambi i tipi. Certo, se non si può aderire *in toto* al pensiero del Solazzi, che ritiene sufficiente il mero consenso per la costituzione della società solidale, non mi pare che sia liquidabile l'accostamento gaiano tra le due *societates*, qualificandolo come una giustapposizione dal «valore meramente descrittivo» (M. BRETONE, '*Consortium*', cit., 175): anche a prescindere da D. 17.2.52.8, ove Papiniano definisce *voluntarium* il *consortium inter fratres* e usa il verbo *inire* (a mio avviso già di per sé sintomatico di autodeterminazione di privati) per indicarne la costituzione, mi paiono sussistere diversi elementi degni di nota, se non per confutare, almeno per mettere in dubbio la tesi che vuole prescindere dalla volontà delle parti, considerando il consorzio solidale effetto essenziale della morte di un *sui iuris*: l'etimo suvvisto di *ercto non cito*; l'impiego di *sors* quale sinonimo di *pars* (embrione concettuale di quota); il riferimento di Gaio al (volontario ricorso al) *lege agere* per la costituzione del consorzio solidale a imitazione di quello fraterno, anzi per dar vita alla *eadem societas* (che abbia ragione P. COLLINET, *Les Nouveaux Fragments des Institutes de Gaius*, in *RHDEF*, IV.13, 1934, 104, allorché scorge nell'aggettivo gaiano *legitima* un riferimento ad un *actus legitimus*, o meglio alla *legis actio* certa per la costituzione del *consortium*?); l'impiego indiscriminato gelliano di *coire*; la giustapposizione, non meramente descrittiva ma concepita secondo complesse e polivalenti relazioni di *species* e *genus*, del contratto di società al *consortium* fraterno. Molti autori, invero, subordinano alla volontà dei *fratres sui*, non tanto l'instaurazione del consorzio (per la quale sarebbe da postulare l'automaticità), quanto il suo perdurare *inter fratres* (S. TONDO, *Ancora sul consorzio domestico*, cit., 604 ss.); e così concepita negativamente la volontarietà del consorzio, sarebbe giocoforza inferirne pure la divisibilità: posto infatti che il consorzio si istituisca automaticamente tra i *fratres*, la sua esistenza dipenderebbe dalla volontà di non provocarne la *divisio*. Ma, alla luce dell'etimo, dell'impiego del *nomen* di *societas*, nonché del verbo *coire*, io mi chiedo: posto che la tesi del Solazzi sulla necessità di un contratto consensuale ben poco si addice ad un'epoca alto-arcaica, che abbia ragione il Collinet, là ove scorge nell'aggettivo gaiano *legitima* un riferimento ad un *actus legitimus* (P. COLLINET, *Les Nouveaux Fragments des Institutes de Gaius*, in *RHDEF*, IV.13, 1934, 104; ma vd., in termini non del tutto difforni, E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1956-1957, 239)? Che una forma di condominio tra i *fratres* dopo la morte del padre si costituisca pressoché automaticamente non mi pare negabile: tuttavia credo che il *consortium-*

Vero è, infatti, che i genitivi *adgnatum gentiliumque* non debbono concepirsi affatto come una indicazione caotica poco consona alla natura ordinatrice e semplificatrice del codice. Se tale generica formulazione decemvirale, ricorrente pure nel versetto '*si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*' (per cui non è attestata alcuna lezione alternativa)²⁵³ e tanto inflazionata presso i *veteres*, *pro separatione accipitur*²⁵⁴, è giocoforza ritenere che i suoi termini si impongano come indici di due categorie nettamente distinte (prima quella degli *adgnati* e poi quella dei *gentiles*), categorie che la giurisprudenza romana ordinerà formalmente secondo uno specifico criterio doppiamente

societas descritto da Gaio e Gellio rappresenti una deviazione dall'ordine normale (ordine non certo rappresentato dalla legittimazione solidale, come si vedrà anche per gli agnati), cui le parti intendono aderire volontariamente: meglio, a mio avviso, la *legis actio certa* (citata da Gaio per *coire ad exemplum fratrum* la *eadem societas* da parte degli *alii*, da intendersi come 'soggetti' diversi qualitativamente dai *fratres* ma come loro appartenenti alla categoria dei condomini) non si somma al condominio per la costituzione *ex novo* del *consortium*, ma rappresenta solo un atto di autolimitazione dei *fratres* (o di soggetti già condomini: appunto gli *alii* di Gaio), un atto, cioè, circa le modalità di gestione di detta forma di condominio (detto *societas ercto non cito*). Come poter prescindere dalla lettura, seppur ostica, di Varr. *L.L.* 6.64-65 e di Fest. voce '*sagmina*' (Lindsay 424), ove pare scorgersi la conferma di un arcaico rituale idoneo a suggellare la nascita del *consortium* tra *fratres*? E come non essere suggestionati dall'essere *naturalis* e *legitima* della *societas ercto non cito* a differenza della *societas consensu contracta* che, in quanto *iuris gentium*, è nella logica gaiana solo *naturalis*? Secondo il Mommsen (T. MOMMSEN, *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 361 ss.) l'aggettivo *legitimus* sarebbe da intendere in Gaio come attinente all'"unverrückbares Urrecht", mentre per il Mitteis (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, 34, nt. 13), sarebbe da tradurre con 'gesetzmässig', ossia conforme alla *lex* (anzitutto quella delle XII Tavole: M. BRETONE, '*Consortium*', cit., 174, nt. 22). Ma, se l'intero discorso gaiano è strutturato sul presupposto dell'esistenza dell'"Oberbegriff" della *societas* entro cui si individua, da un lato, una *societas* che è *naturalis* in quanto, sotto il profilo 'comparatistico' è *communis omnibus gentibus* (cfr. Gai 1.1), sotto quello 'dommatico', è *consensu contracta*, dall'altro una che è contemporaneamente legittima e naturale, a me pare ipotizzabile che Gaio con *legitima* voglia erodere l'ampiezza della naturalità: già avendo detto che si tratta di un istituto di *ius civile Romanorum*, sicché potrebbe congetturarsi che la giustapposizione (e non l'opposizione, come vuole G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas inseparabilis*', cit., 156, nt. 4) tra i due aggettivi - sotto il profilo dommatico - voglia segnalare che il *consortium ercto non cito* come la prima società è naturale, ché *consensu contrahitur*, ma che, circa la sufficienza di tale *consensus*, esso non sia qui *solus*, ma debba ritualizzarsi in una *lex certa*: sicché non pare condivisibile l'assunto secondo cui il «*legitima* di Gai 3.154a sembra alludere semplicemente all'appartenenza della *societas* così qualificata a quel *ius* che verso l'inizio dell'opera era stato presentato, per l'appunto, nel suo essenziale incardinarsi sulla *lex*» (G. ARICÒ ANSELMO, '*Societas inseparabilis*', cit., 156, nt. 4), ché non è vero né che il *ius* civile sia essenzialmente *lex*, né che *legitimus* sia sinonimo di *iustus*. Al più, a non voler ritenere necessaria anche per i *fratres* la *legis actio* (da identificare, forse, in una

gerarchizzante (in virtù del quale, esplicitamente, si subordinerà la *successio dei gentiles*, desueta del tutto nel secondo secolo d.C.²⁵⁵, all'assenza dell'*adgnatus proximus* e consacrerà, entro l'*adgnatio*, il principio dell'esclusione della successione del remoto in presenza di un prossimo ancorché non accettante). Modulata sulla base comune di un medesimo schema operativo (quello del *familiam pecuniamque habere* in antitesi all'*heres esse*)²⁵⁶, la regola della successione *ab intestato* decemvirale di agnati e gentili viene concepita secondo un'enunciazione sinteticamente generica di due *ordines* di successibili *ex lege* solo apparentemente in posizione paritetica. Non è stato espresso dal legislatore, certo, *claris verbis*,

in iure cessio?), l'uso dell'aggettivo *naturalis* da parte di Gaio potrebbe anche essere - ma non credo che ciò sia sostenibile - indice della naturalità del consorzio (ossia del suo insorgere a seguito della morte del *pater* sino a che i *consortes* non si determinino in senso contrario). Quindi in presenza di più *sui*, in assenza di testamento, questi avrebbero ottenuto *per se* l'acquisto successorio in quanto in loro continuava il possesso paterno, realizzando l'*habere familiam pecuniamque*; ma sarebbe stata rimessa loro la scelta del regime comunistico: e le vie in ipotesi praticabili quali alternative sono o il costituire il *consortium lege actione* (come potrebbe congetturarsi anche per l'uso di *legitima* in Gaio) giusta il pregresso condominio, o sciogliere il *consortium* insorto *post patrem mortuum* (come potrebbe congetturarsi anche per l'uso di *naturalis*, sempre in Gaio), sempre che nel tentativo di conciliare l'essere naturale e legittima della società fraterna non si voglia ritenerla insorta sì automaticamente all'apertura della successione, ma scioglibile sempre *legis actione*.

²⁴⁷ Oltre alla dubbia automaticità, come *supra* visto, del costituirsi del consorzio fraterno, mi pare alquanto ostico pensare anche ad un regime tale quale si è soliti inferire dalla lettura di Gai 3.154a: lettura secondo cui 'ciascuno' dei consorti era ammesso a porre in essere atti dispositivi con efficacia verso tutti i *socii* e da cui si vuole vedere nella *societas ercto non cito*, sotto il profilo strutturale, una «esplicazione del tipo della comunione solidaristica», e, sotto quello storico, un istituto determinante per il «passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata» (cfr. A. GUARINO, voce *Comunione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 232 ss. (vd., altresì, G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in *SDHI*, VIII, 1942, 197 ss.); l'antica struttura del *consortium ercto non cito* - si è messo in luce anche da parte di M. TALAMANCA, voce *Società (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 817 ss. - testimonia la conoscenza nella più risalente Roma dell'istituto della comproprietà, figura «che assumeva ... una fisionomia dinamica, la quale gli faceva assolvere alla stessa funzione della *societas omnium bonorum*, con cui il *consortium* stesso sta, sicuramente, in un collegamento genetico» Si sarebbe trattato appunto di una «comunione dinamica», ossia non limitata ai beni originari ma tale da estendersi «con effetti di carattere reale, anche a quelli successivamente acquisiti dai singoli *consortes*» secondo un regime di acquisti corrispondente al potere di disposizione, giusta una «legittimazione solidale agli atti di disposizione ed agli acquisti». Secondo tale scuola di pensiero, dunque, come la manomissione da parte di *unus ex consortibus* di uno schiavo creava un liberto a tutti i consorti, così la *mancipatio* formalmente con un solo consorte come *mancipio accipiens* era posta in essere come se la *pars* avente causa fosse stata composta da tutti i consorti; e, pertanto, come ogni socio aveva il potere di *manumittere* o

l'antico principio civile del divieto di *successio ordinum* e di *successio graduum* (entro il solo *ordo* degli *adgnati*), ma esso, già *in nuce* consacrato nel testo decemvirale (in quanto determinato da prassi che il legislatore del quinto secolo non era tenuto a riprodurre minuziosamente nel dettato)²⁵⁷, sarà stato esplicitato nelle loro opere di *interpretatio* dagli interpreti (sempre che tale seconda gradazione non sia originaria, ma imputabile all'attività seguente della *scientia iuris*).

Ecco, dunque, cosa era il *legare* testamentario di cui fa menzione, cristallizzando ben più remote prassi affondanti le loro origini in età monarchica, il celeberrimo versetto sull'*uti legassit di*

mancipare validamente il servo o le cose comuni (secondo l'elencazione puramente esemplificativa gaiana: cfr. B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 62 ss.), così – sempre secondo tale tesi, portata alle sue estreme conseguenze – ognuno dei *fratres* (o degli *alii ad exemplum fratrum*) ben avrebbe potuto disporre *mortis causa* anche della totalità dei beni comuni (cfr., sul punto, M. BRETONE, '*Consortium*', cit., 180 ss. e nt. 15). Sarà antistorico, ma non riesco a credere ad un regime di tal fatta, per quanto antico e primitivo. Del resto, della absurdità di tale assetto (giustificata unanimemente dai contemporanei adducendo, in modo tautologico, come *ratio* la legittimazione di ogni consorte a disporre di questo o quel bene comune) si sono accorti gli stessi sostenitori del 'consorzio a legittimazione solidale', talché diversi accorgimenti sono stati congetturati per ridurre, almeno in teoria, la scandalosità di un sistema congegnato in modo tanto irrazionale e antieconomico: così, da alcuni si è ipotizzato il ricorso al *ius prohibendi* (cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 100, nt. 40; *contra* S. TONDO, *Il consorzio domestico*, cit., 190, nt. 1; M. TALAMANCA, voce *Società*, cit., 816, nt. 25); da altri (V. ARANGIO RUIZ, *PSI*. 1182, cit., 40; J. GAUDEMET, *Les communautés familiales*, Paris, 1963, 72; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 60 ss.); da altri si è postulata l'operatività, quale efficace prevenzione contro gli abusi di singoli e i contrasti tra fratelli, della tradizionale impostazione su base fiduciaria della maggior parte degli istituti romani più antichi, tra cui la coeredità; altri ancora, continuando su questa strada, hanno concesso quanto segue: «che il *consortium ercto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, Gaio, non è nemmeno da pensare. Già per il *consortium* imitativo è dubbio che le parti abbiano mai potuto omettere di regolare, sia pure agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di loro. È plausibile, comunque, che anche nel *consortium fratrum* si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del potere di disposizione e del contrapposto *ius prohibendi* di ciascuno mediante il conferimento dei poteri di amministratore ad un consorte di comune fiducia» (A. GUARINO, voce *Comunione*, cit., 237 e nt. 25). Sarà pure: ma se del primo rimedio non è rinvenibile traccia (anzi, già da V. ARANGIO RUIZ, *Il nuovo Gaio*, cit., 593 ss., si vorrebbe disciplinato il *ius prohibendi* proprio nella parte del papiro antinoese non pervenutaci: per le congetture circa il contenuto del discorso gaiano nella parte perduta del manoscritto egiziano, cfr. V. ARANGIO RUIZ, *PSI*. 1182, cit., 8; *Id.*, *La società*, cit., 4 s. M. BRETONE, '*Consortium*', cit., 172 s.; M. BIANCHINI, *Studi sulla 'societas'*, cit., 14 s.; M. KASER, *Neue Literatur zur 'societas'*, in *SDHI*, XLI, 1975, 283, nt. 18), il secondo – seppur in teoria configurabile – non mi pare altro che uno slogan di cui, invero, non si riesce a percepire la pratica utilità, laddove ben più fondate mi paiono le argomentazione

Tab. 5.3: il *legem dicere testamenti calatis comitiis causa*, ossia il solenne pronunciare (dinanzi ai *comitia* delle curie *in contionem vocata* nei due *dies fissi* del 24 marzo e del 24 maggio, con funzione di *testes* dei *quirites* lì radunati) la (ben limitata) volontà testamentaria di un *pater*, la *lex* (*publica* in quanto necessariamente non segreta) con cui si istituiva formalmente tra i *sui* l'unico *heres*, l'importantissimo provvedimento con cui, insomma, si annunciava alla comunità intera (senza alcun bisogno che questa deliberasse, dato che in nulla la configurazione della *civitas* veniva alterata) chi sarebbe stato il *primus inter fratres pares* con poteri sopra gli oggetti materiali (umani, reali, materiali)

da ultime citate del Guarino. Vero è, invece, che - e non mi riesco a capacitare del fatto per cui, da parte dei più, si sia sorvolato su ciò - la presenza dell'espressione *vel unus* (e non solo *unus*) di Gaio è assai eloquente, non già per una inimmaginabile sovrapposizione tra *societas ercto non cito* e condominio classico (ove il singolo condomino, benché autorizzato a gestire la *res communis pro ceteris*, non può validamente disporre *ultra suam partem*), ma sicuramente contro una solidarietà tanto anarchica come è stata configurata (e della cui singolare 'comicità' di un istituto tale si avvedeva anche P. BONFANTE, in *Scritti giuridici vari*, III, 1921, 428). Il Gaio di Antinoe, infatti, ci informa non tanto del fatto che 'ciascuno dei consorti può compiere atti di disposizione con effetti vincolanti per tutti gli altri', ma che la nota distintiva della *consortium ercto non cito* (il suo *illud proprium* rispetto a ogni altra forma di comunione) consiste in ciò, ossia che '*vel unus ex sociis*', vale a dire 'addirittura uno solo tra i consorti', poteva *erga omnes consortes* porre in essere atti dispositivi (e io aggiungerei: in quanto autorizzato da questi ultimi). Che, quanto al *vel unus ex sociis*, quest'ultimo non sia uno qualsiasi dei consorti, una volta valorizzato opportunamente il *vel*, mi par davvero fuor di dubbio: ed escluso che si possa trattare del primogenito (così, invece, G. CORNIL, *Du 'Mancipium' au 'Dominium'*, cit., 140), non vedo alternativa all'ipotesi di un *primus inter pares* eletto tra i consorti che faccia le veci, in assenza della designazione da parte del *de cuius*, dell'*heres*. Ecco, in sostanza, un possibile contenuto della *legis actio certa* gaiana: in assenza della *lex* del *pater*, che ancora in vita, disponeva *calatis comitiis*, per il tempo in cui avrebbe cessato di vivere, quale *suus* avrebbe amministrato *pro omnibus* la *familia* e la *pecunia* (di modo che, appunto, il complesso di rapporti giuridici facenti capo al *pater* non si dissolvesse con la morte di quest'ultimo, ma in nome dell'unità del gruppo, proseguisse nei *sui*) i *fratres sui* potevano (ma non dovevano) eleggere un 'legale rappresentante' del consorzio, dotato di poteri generali di gestione ordinaria e straordinaria: e il consorzio, ovviamente, non era eterno, in quanto non poteva durare più di una generazione (parti ne erano solo i *fratres* e non i loro discendenti), anzi, non poteva sopravvivere alla morte anche di uno solo dei consorti) del resto affermare che «nessun'altra conseguenza ... poteva aver prodotto la morte (o forse anche *capitis deminutio*) degli altri *consortes*, fuorchè il progressivo e necessario restringimento della cerchia dei titolari del patrimonio» (G. ARICÒ ANSELMO, *'Societas inseparabilis'*, cit., 170), significa non comprendere numerosi dei problemi involti nella struttura dell'istituto: ad esempio, se un *frater, sui iuris* ma *consors* moriva *ab intestato* e il consorzio perdurava, ovviamente senza ricomprendere in sé i *sui* del defunto, che sorte, *sub specie familiae pecuniaeque*, sarebbe stata riservata a questi ultimi? Il consorzio, volontaria

del potere di diritto (*manicpium*)²⁵⁸ e di fatto (*possessio*), ossia sulla *familia* e sulla *pecunia*. Una *lex* che, a mio avviso, era formalmente analoga a quella *nuncupatio* cui l'anafora di *ita* e l'impiego del vocativo *quirites* attribuiscono un sapore antichissimo, come riprodotta, nella sua *conceptio verborum*, da Gai 2.104 e definita da Ulpiano, evocativamente, *suprema contestatio* (D. 28.1.20.8): *ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote*²⁵⁹.

Mancipium e ius quiritium

continuazione dell'unitarietà della originaria compagine familiare, non poteva sopravvivere - e difatti si estingueva - alla dipartita o alla *capitis deminutio* di anche uno dei suoi membri, così come si poteva sciogliere, *omnibus volentibus*, allorché la comunione, per le dimensioni raggiunte a seguito di incrementi, non era più amministrabile come un sinolo.

²⁴⁸ Il celebre e per certi versi misterioso consorzio solidale, in Gaio, è esplicitamente previsto per il solo caso di più *fratres sui* (in caso di morte del padre): è la loro *societas ercto non cito* che si pone come paradigma di quelle eventualmente poste in essere tra soggetti diversi dai *fratres* (*ceteri* o *alii*, nel dettato del manoscritto antinoese). Ne consegue, ovviamente, che nulla esclude che altri successibili, quali *adgnati* (di pari grado in assenza di figli del *de cuius*), ovvero quali *gentiles*, potessero *id consequi*, qualora lo avessero voluto, riunirsi in un consorzio di tal fatta (*coire societatem ad exemplum fratrum*): questo nessuno lo vuole negare. Tuttavia - io credo - atteso che il modello di detta *societas*, per l'appunto, era la sola *societas fratrum* (ossia una società contraddistinta dalla solidarietà e dalla totalità), per sostenere convincentemente la tesi secondo cui tale regime fosse, prima e durante il quinto secolo, il solo immaginabile tra gli agnati (o, invero, tra i gentili stessi), tali successibili avrebbero dovuto sottoporre ad un condominio di tal fatta non solo la *pecunia* e la *familia* trasmessa *mortis causa* e in cui, pertanto, essi succedevano, ma tutto il loro patrimonio: ritenendo diversamente, infatti, l'*exemplum* del *consortium ercto non cito* sarebbe stato solo parziale; anzi, una delle sue peculiarità - ossia la totalità - sarebbe venuta meno). Già questo, in una con ulteriori considerazioni, mi rende particolarmente dubbioso circa la forza persuasiva della ricostruzione, che, appunto, nega forme di comunione diverse dal *consortium ercto non cito* per l'età arcaica. Detto questo in via preliminare, è d'uopo passare al più puntuale svolgimento del regime concorsuale per le ipotesi di successione agnatizia collaterale e gentilizia. Numerosi elementi - come poc'anzi accennavo - fanno propendere, a mio modo di ritenere in modo alquanto pesante, per interpretare la locuzione *adgnatorum gentiliumque* della versione retorica nel senso che essa non faccia affatto riferimento ad una successione né della famiglia agnatizia né della *gens* improntata, quanto al concreto regime della gestione dell'acquisto *mortis causa*, secondo forme che oblitererebbero il problema del sodalizio o della comunione arcaici, atteso che a succedere sarebbero non *singuli* ma una sola collettività 'entizzata' (sulla distinzione concettuale tra questi due gruppi familiari, cfr., *ex plurimis*, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 261 ss., 315 ss.): da un lato, infatti, sappiamo che ad *habere* la *familia-pecunia* era il solo *adgnatus proximus* (o i più *adgnati proximi* di pari grado), dall'altro è oggi pacifico che la *gens* (e a *fortiori* neppure la *familia*

La celeberrima dicotomia tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* che a mio modo di vedere è specchio della contrapposizione sintetica tra *familia* e *pecunia*, quali oggetti di due poteri che inscindibilmente fanno capo al pater, è stata oggetto delle più svariate interpretazioni: tra i maggiori problemi che in tal proposito si sono posti, spiccano innanzitutto, oltre alla *vexata quaestio* circa la effettiva portata per il più antico diritto romana, della antitesi in parola e il regime di ciascuna *species*, quelli attinenti alla funzione morfologica di '*Mancipi*' (e l'alternativa è tra il genitivo arcaico di *Mancipium* e il dativo di *Manceps*)²⁶⁰, quelli riguardanti il significato

agnazia, ossia *communi iure dicta*) non possa essere considerata un soggetto giuridico parificabile ad una corporazione o un ente collettivo parzialmente personificato, essendo una realtà che - pur nella indiscutibilità tanto di una proprietà collettiva gentilizia, quanto dell'emanazione di *decreta* e dell'esistenza occasionale di singoli *ductores-principes* - sarebbe del tutto acefala e priva di strutture organizzative (così, invece, *ex plurimis*, G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910, 759 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, II², cit., 581 ss.; *contra*, vd. M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 452., e, con dovizia di particolari, G. FRANCIOSI, '*Gentiles familiam habent*', in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, III, Napoli, 1995, 38 s.; cfr., altresì, G. FRANCIOSI, *La storia della famiglia da Vico a Engels*, in *Annali dell'Istituto Suor Orsola Benincasa*, 1997-1998, 235 ss., ad avviso del quale le principali differenze tra *gens* e *familia* sono le seguenti: a) la famiglia ha un capostipite reale, vivo o defunto, la *gens* non ha un capostipite reale ma mitico; b) la famiglia ha un carattere potestativo, la *gens* ha un persistente carattere solidaristico; c) il sistema di parentela della famiglia è per gradi (carattere descrittivo), nella *gens* è senza gradi (carattere classificatorio); d) il dato identificativo della famiglia romana è il *cognomen*, quello della *gens* il *nomen*; e) i *sacra*; f) la successione; g) solo la *gens* ha un proprio ordinamento giuridico (*iura gentilicia*), a sua volta caratterizzato da *mores* e *decreta*). Va esclusa così, già da subito, sia nell'uno che nell'altro caso la tesi che - in pratica o in teoria - discuta della successione di un 'gruppo collettivo', ché *adgnati proximi* e *gentiles* sono da intendersi all'evidenza sempre come singoli individui (cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 884). Per l'ipotesi di più agnati di pari grado (intesi qui come i soli collaterali), quindi, si è detto che il solo *consortium* solidale avrebbe rappresentato il tipo di comunione ipotizzabile per il caso di 'successione collettiva', in primo luogo (ad onor del vero questa è, anzi, la vera sola argomentazione fornita) perché non sarebbe esistito né nel quinto secolo né, a più forte ragione, prima il concetto di quota (per tutti, cfr. E. LEVY, *Neue Bruchstücke*, cit., 289), sicché sarebbe 'antistorico' supporre per gli *adgnati* collaterali il funzionamento di un condominio classico: così parla di necessaria 'comunione solidale' tanto dei gentili quanto degli agnati, attesa la inesistenza del concetto di quota, G. FRANCIOSI, '*Gentiles familiam habent*', cit., 37 ss. e nt. 11; Id., *Corso istituzionale di diritto romano*², Torino, 1984, 221; inoltre sulla inesistenza del concetto di quota G. ARICO ANSELMO, '*Societas inseparabilis*', cit., 155, ha sostenuto che «è proprio l'estraneità dell'idea di quota al primitivo *consortium* che, non solo spiega quell'integralità del potere dispositivo di ogni consorte, ma postula anche, in immancabile connessione, una radicale impossibilità di *divisio*». Entro la cornice di una ricostruzione che contempla come unica possibilità quella del già criticato 'consorzio solidale',

primordiale di *mancipium* e, quindi, la natura di quest'ultimo (atto ovvero potere).

Entrando subito *in medias res*, secondo il De Visscher²⁶¹, in una cornice di pensiero che si distacca sì dal celeberrimo pensiero bonfantiano sul punto²⁶², senza però negarlo *in toto*, il *mancipium* non sarebbe configurabile, quanto al suo più antico significato, in termini di 'proprietà': essendo derivati sia il senso di atto negoziale sia quello di schiavo, l'antico *mancipium* si imporrebbe per lo studioso belga, entro un quadro 'politico', quale '*imperium domestico*', ossia, attesa la indifferenziata pluralità di elementi, tanto umani quanto animali e reali, assoggettati al capo-famiglia,

quindi, si presentano due diversi scenari: o si sostiene che gli agnati, i quali non avessero esercitato la *gaiana certa* (o *cepta* secondo V. ARANGIO RUIZ, *Il nuovo Gaio*, cit., 575, nt. 31) *legis actio*, ritenuta quale atto costitutivo del consorzio (alternativa alla *iudicis postulatio* quale forma originale, giusta Gai 4.17, della formulare *actio familiae erciscundae*), non avrebbero posto in essere tutti gli atti necessari per il verificarsi dell'*esse adgnatorum* della *pecunia* e della *familia* di Tab. 5.4 (V. ARANGIO RUIZ, *Il nuovo Gaio*, cit., 571 ss.); ovvero, secondo i sostenitori dell'acquisto agnatizio *ipso iure*, la *societas ercto non cito* sarebbe stata il naturale regime di comunione nato *post patrem mortuum* anche tra gli agnati (P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I², cit., 77). Vero è tuttavia che tale elaborazione (che, da un lato, identifica il *familiam habere* nel *lege agere* degli agnati o nella morte stessa del *de cuius*, e, dall'altro, esaurisce il regime collettivo di questi ultimi nel consorzio solidale, provocato o automatico) da un lato, non tiene conto del fatto che il modello rappresentato dal *consortium* tra fratelli è «totalizzante» (M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 462, nt. 69), mentre detta tesi vorrebbe, a quanto mi sembra di capire, una comunione a legittimazione solidale tra agnati solo parziale (ovvero riguardante l'oggetto della successione); dall'altro, non dà giusto peso, invero, al fatto che pure circa il preteso consorzio a legittimazione solidale (sia originale sia *ad exemplum*) l'idea di *sors-pars* quale quota emerge, se non già *in itinere*, almeno *in fine* ossia all'atto della 'divisione', provocabile consensualmente o giudizialmente, della comunione (M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 462, nt. 69). Alla luce di ciò e di quanto già detto *supra* mi pare perciò preferibile ritenere che quella che si formava tra i collaterali, che *partes fiunt concursu* mediante l'occupazione di quelle che saranno dette *res corporales hereditariae*, fosse *ab origine* una comunione di stampo 'classico' con legittimazione per quote (così S. SOLAZZI, '*Societas*' e '*communio*', cit., 427 ss.; Id., *Ancora di Gai 3.154a*, in *Scritti*, III, cit., 645 ss., il quale tuttavia reputa - come già si è avuto modo di metter in luce - che la costituzione del consorzio solidale sia solo '*consensu*', sulla base del presupposto di un già esistente condominio. Per vero, lo stesso V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 12 ss., benché si professi per l'inesistenza di un regime decemvirale diverso da quello della *societas ercto non cito*, infine giungeva ad ammetter che detto regime, seppur formalmente qualificabile solo come consorzio a legittimazione solidale, sostanzialmente coincidesse con quello classico: e ciò, ovviamente, a meno che, *consensu omnium*, gli stessi agnati, già condomini *adprehensione*, non si determinassero a costituire un consorzio a legittimazione solidale ad imitazione di quello dei fratelli attraverso una *legis actio* ovvero sia, con buona probabilità, con *in iure cessio* (cfr. Gai. 2.24: *idque* [i.e. la *in iure cessio*] *legis actio vocatur*; Paul. 1 *man. Frag. Vat.* 50; vd. M.

quale «puissance». *Manicipium*, dunque, sarebbe da intendere nel senso di 'potere politico di comando' del *pater* su tutte le *res Mancipi* (con conseguente e ovvia personificazione degli elementi animali e reali, nonché con concezione del *fundus* come 'territorio'²⁶³ entro cui esercitare detto imperio); di contro, il potere sulle *res nec Mancipi* del *pater* non si configurerebbe come potere di natura politica, ma di tipo economico. La distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, ossia delle cose oggetto o non oggetto del potere paterno (e non le cose trasferibili o non trasferibili con *Mancipatio*), non avrebbe un fondamento di natura (esclusivamente) economica, in quanto asserire che le *res Mancipi*

TALAMANCA, voce *Società (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 817; V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., 9 s.; L. CAPOROSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, 101 ss. (cfr., altresì, contro la tesi che vede nel *lege agere* l'atto costitutivo del consorzio, S. SOLAZZI, *Ancora di Gai 3.154a*, cit., 645 ss., L. GUTIÉRREZ-MASSÓN, *Del 'consortium' a la 'societas'*, I, 'Consortium ercto non cito', Madrid, 1987, 81 ss.; G. FRANCIOSI, *Ancora sul 'consortium'*, in *Labeo*, XXXVII, 1991, 271). Insomma, a mio modo di vedere, il consorzio agnatizio dei collaterali si costituiva con occupazione (atto che, per l'appunto, realizzava già di per sé il *familiam pecuniamque habere* della *lex decemvirale*) ed era essenzialmente per quote; quello imitativo, innegabilmente esistito, ma - per quanto detto circa il *lege agere* - difficilmente introdotto molto tempo prima della metà del quinto secolo a.C., nasceva da un negozio giuridico formale le cui *partes (consortes)* erano due o più persone intenzionate a dar vita ad una 'comunione totale', le quali, legate da un vincolo di personale e reciproca fiducia, ben avrebbero potuto sciogliere, una volta menuta lo stato di *fraternitas*, la comunione (sul punto, cfr. A. BISCARDI, *La genesi della nozione di comproprietà*, in *Labeo*, I, 1955, 162).

²⁴⁹ Che i meccanismi siano gli stessi mi pare suggerito dall'identità formale dello schema dell'*habere familiam pecuniamque*, valevole non solo per gli agnati ma anche per i *gentiles*: esclusa la successione della *gens* come ente (G. FRANCIOSI, *L'heres extraneus*', cit., 355; *Id.*, *Clan gentilizio*, cit., 292 s.; *Id.*, *'Gentiles familiam habent'*, cit., 37 ss.; M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 451), i singoli gentili, che acquistino mediante occupazione la *familiam-pecunia*, *partes fiunt concursu*: va inoltre tenuto a mente che la presenza tanto nella versione giuridica che in quella retorica di Tab. 5.4 del plurale (*gentiles*) per indicare i membri di una *gens*, secondo la corretta osservazione del Franciosi, sarebbe indice del fatto che essi, a differenza dei componenti la grande famiglia agnatizia, sono legati da una «parentela senza gradi» per cui non sarebbe possibile distinguere il prossimo dal remoto (G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 295 s.). Ciò starebbe alla base di uno dei rilievi del Talamanca anche contro la successione dei gentili *uti singuli*, attesa la loro indeterminatezza (M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 451): sul punto, lo studioso, dopo aver constatata l'operatività sia per gentili che per agnati dello stesso schema, giustamente si oppone a quelle ricostruzioni che interpretano Tab. 5.5 non nel senso di un acquisto da parte della *gens* (o meglio dei gentili) in virtù di una vera e propria successione ereditaria, ma nel senso di un «ritorno dei beni in quella che ne era stata l'originaria disponibilità - o se si vuole proprietà - da parte della *gens*, una reviviscenza del diritto latente di quest'ultima» (*ex plurimis*, cfr. C. FADDA,

erano le cose *pretiosiores*, come si ricava esclusivamente da Gai 1.192 (in un passo denso di contraddizioni e banalità), in forza del loro prevalente interesse agricolo (anzi concepirle come veri e propri accessori del fondo o meno) significherebbe disconoscere per Roma l'importanza dell'attività bellica e di quella commerciale e l'impiego di buoi e cavalli per fini altri rispetto al lavoro nei campi.

Tuttavia, anche tale ricostruzione – seppur certamente da condividere, a mio giudizio, anzitutto nella parte in cui, in critica al Bonfante, nega che le *res Mancipi* siano le cose di maggior interesse sociale per la loro destinazione economica nell'ambito di

Concetti fondamentali del diritto ereditario romano, I, Milano, 1949, 313 ss. e C.W. WESTRUP, *Sur le 'gentes' et le 'curiae' de la royauté primitive de Rome*, in *RIDA*, I, 1954, 455 ss., secondo cui il principio della 'successione' dei gentili, subordinata alla assenza di agnati, sarebbe sintomatico, di una 'riespansione' dell'originaria proprietà collettiva del gruppo); indi, reputando che per i gentili non potesse prospettarsi un acquisto in relazione al quale la legittimazione parziaria portasse al *concurso partes fieri*, conclude per una legittimazione gentilizia «solidale ed elettiva», in quanto «il singolo *gentilis* acquistava per sé, e solo per sé, l'intera *familia*, e quindi l'intera *hereditas*, escludendo dall'acquisto tutti gli altri legittimati» (M. TALAMANCA, *L'acquisto dell'eredità*, cit., 465). La ricostruzione dello studioso è da un punto di vista logico ineccepibile e sicuramente preferibile alla tesi – anche da me contrastata – di chi vuole, ad ogni costo, come unica forma di condominio, tanto gentilizio quanto agnatizio, quella del consorzio solidale totale; né, del resto, esistono fonti che, se non provano la tesi talamanchiana, comunque la contraddicano. Mi rimane un solo dubbio: ma se lo schema operativo di acquisto è il medesimo per entrambi gli ordini, come giustificare una così singolare divergenza di legittimazione? Al più, io credo, si potrebbe – in nome di quella coerenza che tanto cara era al Maestro – estendere la legittimazione solidale elettiva anche agli agnati.

²⁵⁰ Le principali scuole di pensiero circa l'interpretazione di *familia pecuniaque* sono riassumibili in due fondamentali fronti opposti (entro i quali, ovviamente, si possono scorgere numerose differenze su singoli punti). Stando al Mommsen, *in primis*, il binomio sarebbe stato denotativo, da un lato, dei membri della comunità domestica (anzitutto schiavi) e, dall'altro, del bestiame per poi assurgere i due termini a perfetti sinonimi nelle XII Tavole (T. MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., 22; G. BESELER, *Glossen zum Privatrecht der römischen Republik*, in *ZSS*, LIV, 1934, 322 ss.; W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1949, 63 s.; I. PFAFF, *Zur Lehre vom Vermögen nach römischem Recht*, in *Festschrift Hanausek*, Graz, 1925, 95; in termini non dissimili, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 44 ss., modificando quanto scritto in *Das altrömische 'ius'*, cit., 159 ss.; E. BETTI, *Wesen des altrömischen Familienverbandes*, in *ZSS*, LXXI, 1954, 7; G.Y. DIOSDY, *'Familia pecuniaque'*, *Ein Beitrag zum altrömischen Eigentum*, in *AA*, XII, 1964, 91). Contro l'ipotesi mommseniana, si schierò convincentemente già lo Jhering ad avviso del quale la concisione del dettato decemvirale non poteva condurre a ritenere nel quinto secolo a.C. i due sostantivi quali sinonimi: egli così identificò la *familia* con le *res Mancipi*, mentre la *pecunia* con le *res nec Mancipi* (in questo senso cfr., *ex plurimis*: P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici vari*, II, Roma, 1926, 1 ss.; A. GUARINO, *Diritto*

una civiltà agricola, sì da creare una relazione biunivoca tra 'agricoltura' e 'mancipium'²⁶⁴ – parrebbe viziata in numerosi punti. Arbitraria e poggiata su un'interpretazione partigiana delle fonti – come meglio si vedrà di seguito – risulta sicuramente (a mio avviso, alla luce soprattutto di testi quali Gai 1.134-135, Paul. Sent. 4.8.7, Varr. *rust.* 5.163) l'affermazione secondo cui «il n'y a point de trace que le *mancipium* ait jamais été autre chose qu'une puissance du chef de famille»²⁶⁵. Voler negare a *mancipium* anche il significato di negozio librare è posizione antistorica insostenibile. Così come mi pare alquanto forzato quel ragionamento dell'autore secondo cui, essendo inspiegabile il fondamento delle *res mancipi*

privato romano, cit., 486 ss., con ragguaglio bibliografico; B. BIONDI, *Appunti*, cit., 11 ss.; G. CORNIL, *Du 'Mancipium'*, cit., 423; R. HENRION, *Des origines du mot familia*, in *Antiquité Classique*, X, 1940, 68; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 73 ss.; L. KUHLENBECK, *Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, Leipzig - Erlangen, 1925, 37 s.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 79 ss.; in senso analogo M. WLASSAK, 37 che reputava la *familia*, comprensiva però di strumenti agricoli e di prodotti del suolo, il solo oggetto della *hereditas*, laddove la *pecunia* era suscettibile di formare oggetto di soli legati, seguito da ANDREEV, *Les notions 'familia' et 'pecunia' dans le textes des XII Tables*, in *Acta Antiqua Philippopolitana*, I, 1963, 173 ss.). Vicina a posizioni mommseniane è pure la Lepri, ad avviso della quale l'endiadi sarebbe espressiva dell'intero patrimonio nella sua duplicità contenutistica: il termine *familia* indicherebbe, giusta l'etimologia e la connessione con l'osco, l'elemento umano libero e non dell'indifferenziato potere paterno originario (*manus*), laddove *pecunia* indicherebbe non tanto e solo l'elemento non umano (sia *res mancipi* che *nec mancipi*), ma tutto il patrimonio «espresso in funzione di valore di scambio» (M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia*, cit., 20). Sotto un profilo linguistico il sostantivo *familia* si rifà, per l'appunto, all'osco *famel* (corrispondente al latino *famulus*, come ci informa Fest. voce *familia* 62 Lindsay), come confermano sia A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *familia*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 329 s., che A. WALDE, voce *familia*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg 1965, 452 s.); nonché G. SEMERANO, voce 'familia', in *Le origini della cultura europea*, II, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 2002, 396 (che propende parla di «persone sotto la tutela di un capofamiglia»), e Id., voce 'pecunia', in *Le origini della cultura europea*, II, *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 2002, 510 (ove si ricorda che i nomi latini indicante il «bestiame» e il «danaro» sono connesse al significato di «custodire»). La derivazione etimologica di *familia* dall'osco *famel* è già presente nell'edizione dell'89 di *Famiglia e persone*. Anche G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Napoli, 25, quanto alla concezione di *familia* dell'endiadi *familia pecuniaque*, ritiene il sostantivo come indicante un complesso di schiavi e bestiame (Tab. 5.3-4) da mettere in relazione anche alla formula dell'*interdictum unde vi*, della *mancipatio familiae*, e alla contrapposizione tra *l'heres esse* e il *familiam habere* (cfr., in tema, anche, O. SACCHI, *Il mito del pius agricola e riflessi del conflitto agrario dell'epoca catoniana nella terminologia dei giuristi medio/tardo repubblicani*, in *RIDA*, XLIX, 2002, 264 ss.). Quanto ad E. BENVENSITE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, Torino, 1976, 36 (cfr., altresì, J. ZLINSKY, *Familia pecuniaque*, in *Index*, XXVI, 1988, 39 ss.), sebbene sia assai criticabile l'ipotesi

in forza di una funzione economica unitaria (il che, contro l'idea bonfantiana, mi pare, come già poc'anzi accennavo, in linea di principio accettabile), sarebbe tale categoria trascendente *in toto* la sfera economica. E indivisibile – s'è detto da alcuni²⁶⁶ – sarebbe, di poi, la tesi del De Visscher per cui gli animali e le cose del *mancipium* sarebbero, in quanto tali, destinatarie di comandi, giacché esse, al più, risultano suscettive solo di una inanimata soggezione; e altrettanto infondata apparirebbe, ad un attento vaglio, secondo altri²⁶⁷, la visione del *fundus* come «zone dans la quelle s'exercese le pouvoir exclusif de commendement du

etimologica di *pecunia* da *peku nel senso ricchezza mobiliare (contrarai, ad esempio, ad Varr. *L.L.* 5.92; Fest. voce *pecus* 260 Lindsay; cfr. F. GNOLI, *Di una recente ipotesi sui rapporti tra 'pecus' e 'pecunia'*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 204 ss.; A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *pecunia*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 746), è assai suggestivo il richiamo alle fonti epigrafiche che attesterebbero l'impiego del binomio in questione (tra l'altro, presente nella formula tradita nella cd. *mancipatio familiae* da Gai. 2.104, ma – datane l'altisonanza e dato l'impiego di *quirites* – risalente a età ben più remote). Contrario a questa impostazione è, invece, B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 298 ss., il quale ritiene che '*familia pecuniaque*' sia un nesso rammodernato di '*familia*' (sostantivo, ad opinione dell'autore, da solo indicante il patrimonio in epoca arcaica).

²⁵¹ M. VOIGT, *Das Civil und das Criminalrecht der XII Tafeln*, II, Leipzig, 1883, 6 ss.; su cui cfr., con ampie e persuasive argomentazioni, M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia*, cit., 14 ss.

²⁵² F. GALLO, *Patrimonio*, cit., 97.

²⁵³ Ad avviso di Guarino tale *lex* sarebbe prova della necessaria inserzione in Tab. 5.4 di '*cui suus heres nec escit*': *adgnati* sia qui che in Tab. 5.7a (Auct. *rhet. ad her.* 1.13.23; Cic. *inv.* 2.50.148; Cic. *tusc.* 3.55.11; Cic. *rep.* 3.33.45; Varr. *rust.* 1.2.8; Gai 2.64; Ulp. 12.2; D. 50.16.53; I. 1.23.3) non potrebbero includere i figli (rispettivamente del *de cuius* e del *furiosus*) proprio perché «sarebbe stato semplicemente assurdo che i decemviri avessero affidato la *potestas* sul *pater familias* impazzito ai suoi ex-sudditi» (A. GUARINO, '*Sui*' e '*adgnati*', cit., 130). Invero, se ammettiamo che la *potestas* sul *furiosus* e sulla sua *pecunia* comporti la perdita della capacità d'agire e di diritto del *pater* (A. GUARINO, *Il 'furiosus' e il 'prodigus' nelle XII Tabulae*, in *AUCT*, IV, 1959, 106 ss., nonché in *Id.*, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 233; E. NARDI, *L'otre dei parricidi*, Milano, 1980, 99, 107 ss.), anzi se ammettiamo che il *furor* sia stato concepito in antico come una forma di follia che irreversibilmente consacra l'invasato (meglio: la sua *mens*) alla divinità (F. ZUCCOTTI, *Il testamento di Publicio Malleolo*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VII, 1987, 229 ss.), di modo che il *pater*, una volta *captus a Furiis*, non sarebbe neppure un normale *alieni iuris* (un *liber in causa mancipi*), ma un mero 'corpo vivente' (svuotato, in quanto 'invasato', della base psichica della dignità del libero e del cittadino) rimesso insieme alla sua *pecunia* alla 'potestà' degli agnati e dei gentili, una volta che il figlio del folle inguaribile, purché pubere, abbia acquisito lo *status familiae* di sostanziale *sui iuris* (a fronte di un *pater* paragonato all'*absens* o al *mortuus*: cfr., paradigmaticamente, D. 3.3.2.1; D. 44.7.24.1), proprio perché 'ex suddito' (e non più 'attuale suddito' di

chef»²⁶⁸, in quanto i poteri paterni nei confronti dei suoi sottoposti, invero, sarebbero esplicabili anche al di là del fondo.

Si tratta di critiche in larga parte condivisibili per quanto attiene alle *res* e al *fundus*, ma che, invece, paiono più deboli circa gli elementi animali: il che mi induce a prendere, più in generale in esame la tesi sostenuta dal De Visscher circa il fondamento (a suo avviso non economico) della dicotomia tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Con i critici dello studioso concordo circa la inconcepibilità di un potere di comando paterno sia diretto verso le cose inanimate sia limitato entro i *finis* di un fondo ove giace la *domus* della

alcuno), allora, credo che nulla osterebbe a che questo figlio sia stato tenuto *consilio et opera* alla cura personale del corpo del padre pazzo (D. 27.10.7 pr.), nonché dotato del potere di compimento di atti gestori e di disposizione sul patrimonio paterno (Gai 2.64; D. 47.2.57[56].4; Cic. *rep.* 3.33.45), anche in ragione del fatto che in prosieguo di tempo si determinò una progressiva attenuazione in senso umanizzante del regime originario, tanto è che il *furiosus* venne equiparato all'*insanus*.

²⁵⁴ D. 50.16.53 pr. Paul. 59 *ad ed.*

²⁵⁵ Gai 3.17.

²⁵⁶ Sono propensi a distinguere, non solo nominalmente, ma pure sostanzialmente, i due modelli (*familiam pecuniamque habere* e *heres esse*): S. SOLAZZI, *L' "in iure cessio hereditatis" e la natura dell'antica "hereditas"*, in *Iura*, III, 1952, 46 ss.; M. KASER, *Das altrömische "ius"*, cit., 169; *contra*, G. BESELER, *Glossen*, cit., 323; U. COLI, *Il testamento*, cit., 74; G. FRANCIOSI, *L' "heres extraneus"*, cit., 355; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 331 ss.

²⁵⁷ Sull'alternativa rappresentata dall'opera creativa della giurisprudenza, cfr. A. GUARINO, *Le "XII tabulae" e il caso di Malleolo*, 173; vd., altresì, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 350 s. che pensa alla scansione per gradi come opera della giurisprudenza; L. AMIRANTE, *Sulle XII tavole*, cit., 208, secondo cui la posizione del *suus heres* è del tutto estranea alla legge.

²⁵⁸ Sulla magmaticità dell'originario *mancipium* (o, che dir si voglia, *potestas*), quale generale ed indifferenziato potere su cose e persone del *pater*, vd. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 140 ss., *Id.*, *L'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss. Il dibattuto e arduo problema in tema di poteri originari del *pater familias* (con riguardo precipuo ai rapporti intercorrenti tra 'signoria sulle cose' e 'poteri sulle persone sottoposte', cfr. P. DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, in *SDHI*, XXII, 1956, 61 ss.; U. COLI, *Le origini della "Civitas" romana secondo De Francisci*, in *SSE*, s.n., 1959, 422) ha condotto a diverse soluzioni: invero, l'alternativa cui si troverebbe di fronte la dottrina romanistica è ben compendiata dal Capogrossi, (ad avviso del quale si tratterebbe o di «accogliere la tesi dell'esistenza di un potere di carattere unitario del *pater familias* su uomini e cose, oppure, in antitesi ad essa, rifarsi invece all'idea che già *ab antiquo* esistesse nell'esperienza giuridica romana, sia pure a un ben diverso grado di elaborazione concettuale e di chiarificazione terminologica, lo schema rappresentato dal *dominium ex iure Quiritium*»): L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, Milano, 1969, 124; cfr., altresì, *Id.*, *Ancora sui poteri del "pater familias"*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.), parrebbe invero più complessa, soprattutto ove si ritenga di poter distinguere tra un potere di fatto e uno di

familia. Ma vero è che, se rammentiamo la tesi proculeiana²⁶⁹ secondo cui buoi, cavalli, asini, muli non sarebbero dalla nascita *mancipi*, ma tali solo a far tempo dall'addomesticamento, ben potrebbe vedersi – *pro De Visscher* – una modulazione dell'unitario potere di comando a secondo della natura (animale o umana) del destinatario: tutti gli esseri umani, in quanto tali, erano di per sé stessi, in potenza, capaci di formare oggetto del *mancipium* (e lo diventavano, in atto, a seconda dei casi, una volta compiuta dal *pater* la *liberorum susceptio*, ovvero una volta costituita sulle *uxores* la *manus*, ovvero una volta compiuto il *nexum* o la *mancipatio*); certuni (e solo certuni) animali per loro stessa natura

diritto (su animali, cose, persone). Delle diverse soluzioni (potere unitario; potere distinto; potere unitario giuridico) ben mi pare più aderente alle pur scarse testimonianze la tesi dell'indifferenziazione: secondo il De Visscher, ad esempio, in epoca arcaica le *res Mancipi* e le *personae alieni iuris* – come testimonierebbe Gai 1.116-123 – avrebbero formato *eodem modo* l'oggetto della *mancipatio*, sicché sarebbe d'uopo congetturare che il *pater familias* fosse stato in origine titolare di un *imperium* domestico, il cd. *mancipium*, suscettibile di esercitarsi sopra le persone sottoposte e gli animali da tiro e da soma (F. DE VISSCHER, '*Mancipium*' et '*res Mancipi*', in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.). L'Ambrosino, di poi, seguendo – in parte – la via tracciata dal De Visscher, andava oltre, notando che non solo la *mancipatio*, ma anche altri istituti – quali la *legis actio sacramento*, l'*actio furti*, l'*in iure cessio* – ai primordi della storia dell'ordinamento romano, si applicavano tanto a cose quanto a persone e che solo successivamente sarebbero divenuti pressoché esclusivi del *dominium* quiritario: donde la congettura che finanche le persone fossero in età arcaica oggetto di una sorta di 'proprietà' (R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della Mancipatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 573 ss.: sul pensiero di questi due autori, e per una puntuale critica delle posizioni assunte dal Capogrossi, cfr. F. GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 22 ss.; importanti notazioni pure in *Id.*, *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, 1956, 193 ss.). Per quanto mi riguarda, sono persuaso che entro un sistema che permette l'esperimento dell'*actio furti* (è questo, infatti, a mio avviso, il dato che più di altri può indurre l'interprete a vedere una originaria indifferenziazione, ovviamente per soli certuni fini, tra cose e persone soggette al *mancipium* paterno: *contra*, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Milano 1963, 96) nel caso di sottrazione di un *filius familias* o di una *uxor in manu* (D. 47.2.14.13; D. 47.2.38.1; Gai 3.199; I. 4.1.9), ben si possa ipotizzare un principio che contempra l'uccisione di un elemento umano soggetto all'originario e indifferenziato potere del *pater-dominus* alla stregua di un mero 'danneggiamento' (sulla *lex Aquilia* come 'salto qualitativo' nella strada tendente dalla originaria indifferenziazione all'autonoma configurazione di un potere dominicale su cose, distinto da quello sulle persone (cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1950, 159 ss., 174 ss.).

²⁵⁹ Così: P.F. GIRARD - F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, 852, nt. 3; O. LENEL, *Zur Geschichte der 'heredis institutio'*, cit., 120; J. PAOLI, *Le testament 'calatis comitiis' et l'adrogation d'Octave*, in *Studi in memoria di E. Betti*, III, Milano, 1962, 540; *contra*: P. JÖRS - W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, cit.,

erano, in potenza, assoggettabili al *mancipium* e (sempre stando alla tesi proculiana, verisimilmente più antica²⁷⁰), divenivano *res* (effettivamente) *mancipi*, solo una volta divenuti da '*animalia*' a '*domita animalia*'²⁷¹. Quanto poi alla deprecata 'personalizzazione'²⁷², essa è - checché se ne dica - nelle fonti: Varrone, Plinio e Columella²⁷³ ci parlano del bue come *socius* dell'uomo e come *minister Cereris*; Catone²⁷⁴ ci informa di *feriae* da attribuire agli animali da tiro e da soma; Festo e Dionigi²⁷⁵ attribuiscono al bue, al pari dell'uomo, la capacità di porre in essere condotte tali da comportare la sacertà a Terminus (*exaratio terminorum*); e infine è pacificamente attestata la pena di

318, nt. 8; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 106, nt. 8. La solenne invocazione ai Quiriti, eccessivamente 'aulica' rispetto all'informalità del testamento librale, è chiaro segno dell'origine di una formula altoarcaica, ossia quella del testamento pubblico: cfr., sul punto, F. GALLO, *Interpretazione*, cit. p. 100: «Ora l'appellativo solenne di Quirites non è certo adeguato per indicare gli amici che - analogamente a quanto avviene ancora adesso - accettavano di intervenire, in qualità di testimoni, alla *mancipatio* o ad altro negozio per cui era richiesta la loro presenza. Esso risulta per contro l'unico appropriato per rivolgersi al *populus adunatus* nei comizi e può ancora ritenersi calzante, specie in relazione alle vedute romane, nei riguardi dell'esercito schierato per la battaglia».

²⁶⁰ Rimando per la completezza dell'informazione a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 287 ss., circa la questione sulla funzione logica di *mancipi*: esso è senza ombra di dubbio un genitivo (con contrazione della desinenza in -i col tema in -i) da *mancipium* e non un dativo di *manceps*, come vorrebbe invece P. FERRARINO, '*Res mancipi*', '*res nec mancipi*', in *SDHI*, III, 1937, 434 ss. (sulla scorta di Prisc. *inst. gramm.* 11.6.24), che interpreta *res quae mancipi sunt* (Cic. *top.* 5.28, *Flacc.* 32.80, *Mur.* 2.3; *Plin. nat. hist.* 33.3[13]) come 'cose che sono al *manceps*': ossia cose del *mancipio accipiens* (così, in *hypothesi*, P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1948, 224 ss.). Vero è, peraltro, che potrebbe apparire alquanto 'scandaloso' l'impiego di *manceps* per indicare anche il dante causa (Plaut. *Curc.* 515; *Paul.-Fest.* voce *manceps* 137 Lindsay), e non solo - come l'etimologia imporrebbe - l'avente causa (*Fest.-Paul.* voce *manceps* 115 Lindsay) di una *mancipatio*, al pari dell'impiego di *mancipare* per indicare l'atto di porre in essere una *mancipatio*, anche senza riguardo esclusivo all'avente causa, anzi per indicare proprio l'atto di 'trasferire' (Plaut. *Curc.* 496 s.): *mancipare* è un derivato di *manceps* (A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *manceps*, voce *capio*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Paris, 1967) ed entrambi si riconnettono a *man-* (la mano) e *cap-* (prendere): cfr. P. MEYLAN, *Essai d'explication sémantique du mot 'mancipare'*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 65 ss. Verisimilmente sia *mancipare* che *manceps* in età medio e tarda repubblicana erano segni oramai disancorati all'originario significato ed erano passati ad indicare per sineddoche il tutto (atto inclusivo del *manu accipere*) per la parte (il *manu accipere*). *Communis opinio* è, comunque, quella che ricollega *mancipare* (indi, il derivato *mancipatio*), *mancipium*, *manceps* all'ablativo *manu* e alle radicali di *capere*, come del resto seppur nel salto di un passaggio fa lo stesso Gaio (Gai 1.121) : e tale correlazione è servita soprattutto per *mancipium* (*manu cupium*; *manu caps*) onde sostenere vuoi l'idea originaria di 'potere preso con la mano' (cfr., per tutti, F. DE VISSCHER, *La notion de puissance*

‘omicidio’ per l’uccisione del bue²⁷⁶. A tali dati deve poi aggiungersi, sempre in parziale difesa del De Visscher, che in effetti non pare condivisibile la bonfantiana equazione ‘*res Mancipi*’ = ‘*res pretiosiores* per l’agricoltura’. Varrone e Catone, infatti, testimoniano l’impiego di buoi, muli, cavalli per finalità altre rispetto all’agricoltura: se i buoi servono anzitutto per i lavori da tiro²⁷⁷, i cavalli sono usati, in pace e in guerra, per cavalcature, per scopi commerciali, per traini leggeri; e la forza lavoro tanto dei muli quanto degli asini è sfruttata per la soma, il tiro, il mulino, la *machina*²⁷⁸. Presa in considerazione l’equazione bonfantiana sopravvista, più di un indizio fa propendere l’interprete, sino ad

dans l’organisation de l’ancien droit romain, in *BAB*, XXXI, 1935 [ma che leggo in *Id.*, *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Paris, 1949, 265 ss.], vuoi quella di ‘atto del prendere con la mano’ (cfr., per tutti, F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra ‘res Mancipi’ e ‘res nec Mancipi’*, Torino, 1958, 102 ss.). Isolate sono invece rimaste le tesi di Beseler e di Krüger: il primo reputa, da un lato, che *Mancipium* sia da *manum cupium* (o *capium*), ossia indichi, *in primis*, il ‘tocco di mano’ dei contarenti per costituire garanzia degli obblighi assunti (‘*Handschlag*’), e cioè una parte del rituale, poi, l’intero rituale, e lo status creato a seguito del perfezionarsi del *rito per aes et libram*, dall’altro che *Manceps* sia non *is qui manu capit* ma il *manum caps*, il ‘Mittäter eines Handschlags’, in buona sostanza l’alienante (G. BESELER, *Glossen zum Privatrecht der römischen Republik*, cit., 428); secondo il Krüger (H. KRÜGER, *Geschichte der ‘capitis deminutio’*, I, Breslau, 1887, 115) invece, bisognerebbe postulare un rapporto inverso: *Mancipium* e *Manceps* da *Mancipare* (e non il contrario), di modo che essendo il significato originario del verbo quello di *occupare*, il primo sostantivo non avrebbe potuto assumere il significato di negozio, ma solo quello di ‘proprietà familiare *ab origine* inalienabile’ ovvero di acquisto della proprietà (peraltro senza alcun riferimento al modo di acquisto negoziale), il secondo quello di proprietario *qui manu accipit*). Per le fonti in cui compare il vocabolo *Mancipium* (nelle sue invero plurime accezioni), cfr., paradigmaticamente, E. STEINWENTER, voce *Mancipatio*, in *RE*, XIV, Stuttgart, 1928, 1010 ss.; F. FABBRINI, voce *Mancipatio*, in *NNDI*, X, Torino, 101 ss.

²⁶¹ F. DE VISSCHER, ‘*Mancipium*’ et ‘*res Mancipi*’, in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.; ma cfr., altresì, *Id.*, *La notion de puissance dans l’organisation de l’ancien droit romain*, cit., 265 ss.); *Id.*, *Observations sur les origines du ‘dominium’ romain*, in *BAB*, XLIV, 1958 (che leggo in F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, III, Milano, 1966, 211 ss.); tra i seguaci della teoria devisscheriana si possono annoverare: G. CORNIL, *Du ‘Mancipium’*, cit., 405 ss., 416 ss.; G. GROSSO, *Le cose*, Torino, 1941, 220 ss.; *I problemi dei diritti reali nell’impostazione romana*, Torino, 1944, 5 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, I, 34 e nt. 1; MONIER, *Du ‘Mancipium’ au ‘dominium’*, Paris, 1947, 13 ss.; per una impostazione critica generale, cfr. F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del ‘pater familias’ in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Roma, 1956, 195 ss. 207 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei ‘iura praediorum’ nell’età repubblicana*, Milano, 1969, 124 ss. (entrambi con ampi ragguagli di letteratura).

²⁶² Come è oltremodo noto il Bonfante (P. BONFANTE, *Forme primitive*, cit., 95, 175 ss., 218 ss., 276) elabora la sua ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* entro la cornice della sua celeberrima tesi

ora, a negarne in consentaneità con De Visscher la validità, almeno con riguardo all'ultima parte del secondo termine: le *res Mancipi* non sono impiegate in modo univoco nel lavoro dei campi. Indi, forse che anche la tesi bonfantiana circa il carattere della 'maggior preziosità', va dunque ruscata, in adesione al De Visscher (sul punto seguito dal Franciosi che, da un lato, ritiene poco serio continuare a sostenere la maggior preziosità delle *res Mancipi*, allorché «entità fondamentali in una economia pastorale, quali ad esempio, il porco, il toro da riproduzione e, più ancora, il gregge» sono escluse dal *mancipium*²⁷⁹, dall'altro, *in extremis*, ritiene fondata la tesi del Bonfante circa la destinazione agricola delle *res*

'politico-patriarcale' dei gruppi famigliari romani, intesi sulla scorta oltre che di Vico e di Summer Maine, anche di De Ruggiero e di Meyer, quali enti esercitanti le funzioni dello stato in un'epoca in cui ancora la *civitas* non esisteva (cfr. E. DE RUGGIERO, *La 'gens' a Roma avanti la formazione del Comune*, in *Critica e Scienza positiva*, Napoli, 1872, 1 ss.; come P. BONFANTE, *La 'gens' e la 'familia'*, in *Scritti giuridici vari*, I, Roma, 1923, 1 ss.; Id., *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *Scritti giuridici vari*, I, cit., 18 ss.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit. 11 ss.): tesi, quella della patriarcalità e della politicità della *familia*, quale ente politico pre-civico, che va sì rigettata, ma non in adesione al dogmatismo aprioristico di P. VOCI, *Esame della tesi del Bonfante su la famiglia romana*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Napoli, 1952, 101 ss., Id., *Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, in *SDHI*; XIX, 1953, 307 ss. (non a caso criticato con feroce rigore da E. BETTI, *Ancora in difesa della congettura del Bonfante sulla 'familia' romana arcaica*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 241 ss.; cfr., sul punto, le ampie e persuasive osservazioni contro la teoria bonfantiana, di G. FRANCIOSI, *La storia della famiglia da Vico a Engels*, cit., 235 ss.; Id., *Famiglia allargata e 'familia communi iure'. Una rilettura di Ulp. D. 50.16.195*, in *SDHI*, LX, 1994, 597 ss.); sui complessi problemi del rapporto tra Vico, Summer Maine e Bonfante e tra questi autori e il giuspositivismo italiano cfr. l'ampia riflessione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Modelli di stato e di famiglia nella storiografia dell'800*, Roma, 1994, 43 ss., 213 ss.; C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno. Processi di 'decontestualizzazione'*, Torino, 2000, 73 ss., ma soprattutto G. FRANCIOSI, *La famiglia romana*, cit., 8 s., ad avviso del quale, perverso, il legame tra Vico e Bonfante deve essere rivalutato, giacché «l'attenta lettura de la 'Scienza Nuova' ci mostra che, tra le profonde intuizioni del filosofo napoletano, vi è proprio quella della famiglia monogamica come punto di approdo di uno sviluppo che parte da stadi di civiltà inferiore (non si dimentichi la sua suddivisione della storia del mondo umano nelle tre famose età)». Il Bonfante ha con caparbia sostenuto la tesi della natura essenzialmente economica della distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, ossia delle cose oggetto o meno del paterno *mancipium* (di cui, appunto, *Mancipi* sarebbe il genitivo nelle locuzioni testé citate); quest'ultimo sarebbe da intendere quale potere corrispondente alla più recente figura di *dominium ex iure quiritium* (argomentandosi, onde giungere a tali conclusioni, essenzialmente, oltre che dall'alta arcaicità della formula, dalla analogia tra l'espressione '*mancipio dare/accipere*' e quella '*pignori-hypothecae dare/accipere*', nonché dall'impiego di *mancipium* in opposizione a *usus*): le due categorie sarebbero state espressione di due interessi economici (invero dallo studioso esasperatamente differenziati), ossia rispettivamente dell'interesse gentilizio (di talché le *res Mancipi* avrebbero potuto essere intese come le cose

mancipi)? Ovvero la tesi della maggior preziosità può essere salvata nei suoi capisaldi, come testimonia la sua ripresa vigorosa, *mutatis mutandis*, sia da parte del Gallo²⁸⁰ (che, accogliendo alcuni spunti dello stesso De Visscher, discorre delle cose 'più preziose', in quanto atte a fornire una notevole utilità in rapporto, però, non all'economia soltanto, ma anche ai traffici e all'attività bellica), sia da parte del Voci (che le intende come «le cose di maggior valore economico nella società agricola e guerriera delle origini», quando i Romani erano privi di quei «presupposti geografici-politici» idonei a

di maggior interesse socio-economico, attesa la loro esclusiva destinazione all'agricoltura, e altresì come le cose di proprietà gentilizia) e dell'interesse individuale (di talché le *res nec Mancipi* avrebbero potuto essere intese come le cose di proprietà privata del singolo): in tal senso, per una totale adesione alle tesi bonfantiane, cfr. A. MARCHI, *'Res Mancipi' e la proprietà della 'gens'*, in *AG*, LXXXVI, 1921, 60 ss.; E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR*, XL, 1932, ora in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, 116; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose - la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938, 2 ss., 133 ss.; P. HUVELIN, *Cours de droit romain*, I, Paris, 1927, 426 ss.; A. D'ORS, *Elementos de derecho romano*, Pamplona, 1960, 97 s.; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*², Paris, 1928, 242; in aperta critica al Bonfante, cfr. G.I. LUZZATTO, *Le organizzazioni preciviche e lo stato*, Bologna, 1948, 25 ss.; U. COLI, *'Regnum'*, in *SDHI*, XVII, 1951, 135 ss.; più sfumate le posizioni non pienamente dissonanti con il Bonfante di E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1942, 358 ss.; P. FREZZA, *La costituzione cittadina di Roma e il problema degli ordinamenti giuridici preesistenti*, in *Scritti Ferrini*, I, Milano, 1947, 276 ss.

²⁶³ Quello del De Visscher, certamente, sul punto si presenta come un esempio calzantissimo di come non deve essere operato il parallelismo tra diritto pubblico e privato: se infatti il valore 'euristico' del confronto tra Stato e famiglia è senza dubbio utile, nella consapevolezza delle falle (cfr. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 261 ss., 291 ss., 315 ss.) della tesi patriarcale e politica (cfr., per tutti, P. BONFANTE, *La 'gens' e la 'familia'*, cit., 1 ss.) delle origini e delle funzioni della famiglia), in quanto piano dell'ordinamento regio e piano degli ordinamenti parentali si rispecchiano in molti punti, detto parallelismo non può essere spinto sino al punto tale da provocare - come invece sembra aver fatto De Visscher - una identificazione dei due piani: cfr., per condivisibilissimi spunti di metodo, U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e privato, nel periodo arcaico di Roma*, in *SDHI*, IV, 1938, 76 ss.

²⁶⁴ Per una critica perausiva in tal senso, vd. gli ampi rilievi di F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 66 ss., nonché le pur succinte ma incisive notazioni di P. VOCI, *Modi d'acquisto della proprietà*, Padova, 1952, 270 ss.

²⁶⁵ F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, cit., 241.

²⁶⁶ Cfr. R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della Mancipatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 581: la tesi economicista (P. HUVELIN, *Cours de droit romain*, I, cit., 234 ss., per vero, conduce a esagerazioni di portata pari a quelle della tesi 'politica' dei poteri paterni, in quanto all'evidenza comporta una criticabile 'reificazione' degli elementi umani, sotto il segno di un potere descritto in termini di proprietà (cfr., sul punto, con notazioni alquanto

per metter loro di «esercitare la pastorizia come occupazione principale»²⁸¹)?

A mio modo di vedere per risolvere il problema vanno tenuto a mente, contestualmente, sia il sostrato mitostorico e religioso-culturale sia quello dell'archeologia economica del Lazio primitivo²⁸²: di quel Lazio antichissimo in cui sorse in tempi immemorabili la dicotomia tra ciò che era *mancipium* (e così tradisco già da ora la mia preferenza a ritenere tale sostantivo, in relazione a *res* come esprssivo di un 'potere' e non di un 'negozio') e ciò che non lo era. Come il Carandini ha con sempre impareggiabile maestria

perspicue, F. GALLO, *Osservazioni*, cit., 195 ss., 217 ss., 225 ss.).

²⁶⁷ Cfr., in questo senso, P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 27 ss.

²⁶⁸ F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, cit., 299.

²⁶⁹ Gai 2.15: su cui cfr. Cfr. G. NICOSIA, '*Animalia quae collo dorsove domantur*', in '*Iura*', XVIII, 1967, 52 ss. (e ora anche in *Id.*, *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, 288); G. NICOSIA, *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in '*Labeo*', XIV, 1968, 167 ss.

²⁷⁰ Cfr., in senso opposto a quello espresso nel testo, G. NICOSIA, '*Animalia quae collo dorsove domantur*', cit., 52 ss.; non persuasive, a mio modo di vedere, sul punto altresì le note critiche di A. GUARINO, '*Collo dorsove domantur*', in '*Labeo*', XIV, 1968, 227 ss. (e ora anche in *Id.*, *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 528 ss.) che taglia corto sentenziando che la questione circa quale delle due sia la visione più antica sia in realtà 'mal posta'.

²⁷¹ Vd., sul punto, l'ottima trattazione di P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, cit., 285 ss.

²⁷² F. GALLO, *Osservazioni*, cit., 217 ss.

²⁷³ Varr. *rust.* 2.5.3-4; Colum. 6 pr.; Plin. *nat. hist.* 8.45 (70); cfr., altresì, *Cat. rust.* 70-71, 83, 131.

²⁷⁴ *Cat. rust.* 132, 138; cfr., altresì, Colum. 2.22

²⁷⁵ Dion. Hal. 2.74; Fest. voce *Termino*.

²⁷⁶ Varr. *rust.* 2.5.4; Cic. *nat. deor.* 2.63.159; Val. Max. 8.1.8; Colum. 6 pr.-7; Plin. *nat. hist.* 6.180

²⁷⁷ Varr. *rust.* 2.5.3-4; Plin. *nat. hist.* 8.45 (70); Hor. *ep.* 1.14.43-44; Verg. *georg.* 3.163-165

²⁷⁸ *Cat. rust.* 10.1, 11.1, 62; Varr. *rust.* 1.19.3, 2.6.5, 2.8.5, 3.17.7; Cic. *top.* 8.36; Colum. 2.22; Fest. voce *mulis*, voce *muli Mariani*, voce *mulus*; D. 33.7.12.1; D. 33.7.12.10.

²⁷⁹ G. FRANCIOSI, '*Res Mancipi*' e '*res nec Mancipi*', in *Labeo*, V, 1959, 375.

²⁸⁰ F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 1 ss., 31 ss.

²⁸¹ P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 273.

²⁸² Cfr. M. PALLOTTINO, *Origini e storia primitiva di Roma*, Milano, 1993, 85 ss., 110 ss., che per *Latium vetus* circoscrive l'area tra Tevere e Monti Ausoni; per il *nomen Latinum* (liv. 2.22.7 Dion. Hal. 5.61.2) in generale e in rapporto con Roma, cfr. G. COLONNA, *I Latini e gli altri popoli del Lazio*, in '*Italia omnium terrarum alumna*'. *La civiltà dei Veneti, Reti, Liguri, Celti, Piceni, Umbri, Latini, Campani, Iapigi*, Milano 1988, 409 ss.; L. AIGNER-FORESTI, *Die Etrusker und das fruhe Rom*, Darmstadt, 2003, 17 ss., 50 ss.; quanto alla suddivisione in *populi* (Liv. 2.18.3, 8.13.10; Fest. 22 Lindsay), vd. P. CATALANO, *Linee del sistema*

illustrato, avendosi riguardo alla cd. «latinità nemorense»²⁸³ dell'età precedente l'undicesimo-decimo secolo a.C. (ossia dello strato più profondo della protostoria laziale)²⁸⁴ gli eroi culturali – come Pico (il picchio) e il di lui figlio Fauno-Agrios²⁸⁵ (il lupo-capro, *lupus-hircus*, sgozzatore)²⁸⁶, nutritori mitici dei gemelli semidivini²⁸⁷ – sono connotati innegabilmente da un aspetto estremamente 'selvaggio', quali i loro sudditi Aborigeni²⁸⁸: sono questi esseri sovrumani in forma di animali (ma talora anche di strumenti²⁸⁹), successori delle entità più impersonali dei Lari, e prototipi 'nemorensi', quali *Silvii* di Alba²⁹⁰, dei 're' della confederazione

sovranazionale romano, Torino, 1965, 146 ss., 154 ss., 178 (che ritiene essere l'*ethnos* un fenomeno di «tarda elaborazione»), in sintonia con il pensiero di P. DE FRANCISCI, *Variazioni su temi di preistoria romana*, Roma, 1974, 35 ss.: e ciò contro l'impostazione del Coli e del Paradisi che, invertendo il rapporto 'lega' / 'nomen' parlano rispettivamente di 'Stammbüden' (U. COLI, *Stati-città e unioni etniche nella preistoria greca e italica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 522 e nt. 1) e di unione «naturale» di gruppi minori (B. PARADISI, *Impostazione dogmatica e ricostruzione storica del diritto internazionale più antico*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto [Verona 1948]*, IV, Milano, 1950, 3 ss.).

²⁸³ A. CARANDINI, *Remo*, cit., 98, che riprende S. MAZZARINO, *Il pensiero politico classico*, II.1, Roma, 1966, 194

²⁸⁴ Si può ben prescindere qui dalla questione circa la natura della civiltà laziale entro cui emerse la distinzione tra cose del *mancipium* e cose a quest'ultimo estranee: composita (ossia frutto dell'amalgama di plurime popolazioni), secondo M. PALLOTTINO, *Le origini di Roma*, in *Arch. Class.*, XII, 1960, 27 ss.; *Id.*, *Fatti e leggende (moderne) della più antica storia di Roma*, in *St. Etr.*, XXXI, 1963, 30 ss.; unitaria (ossia tale da vedere i Latini come collettività organizzata dell'età dal ferro pervenuta solo all'inizio del primo millennio al Tevere dalle Alpi) secondo A. ALFÖLDY, *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor, 1965, 9 e nt. 1: ovviamente aderire – come io faccio – alla prima impostazione non significa anche disconoscere quanto riferiva il Grottaanelli circa l'importanza del sentimento di appartenenza 'etnica' quale fattore di coesione tra plurime collettività V.L. GROTTANELLI, *Principi di etnologia*, Roma, 1958, 195 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959, 107 ss.; *Id.*, *Variazioni su temi di preistoria romana*, Roma, 1974, 35 ss.; A. BERNARDI, *Dai 'populi Albenses' ai 'Prisci Latini' nel Lazio arcaico*, in *Athenaeum*, XLII 1964, 233 ss.; C. AMPOLO, *Su alcuni mutamenti sociali nel Lazio tra l'VIII e il V secolo a.C.*, in *Dialoghi d'Archeologia* 4-5, 1970-1971, 37 ss.; M. TORELLI, *Tre studi di storia etrusca*, I, *Terra e forme di dipendenza: Roma ed Etruria in età arcaica*, in *Dialoghi d'Archeologia*, VIII, 1974-1975, 3 ss.; J. GAGÉ, *Mettius Fufetius: un nom ou un double titre? Remarques sur les structures de l'ancienne société albaine*, in *RHDEF*, 1975, 201 ss.; G. COLONNA, *Un aspetto oscuro del Lazio antico: le tombe del VI-V secolo a.C.*, in *Lazio arcaico e mondo greco*, in *PP*, XXII, 1977, 131 ss.; *Id.*, *Nome gentilizio e società*, in *Studi etruschi*, XLV, 1977, 175 ss.

²⁸⁵ Cfr. Virg. *Aen.* 10.551; Ov. *Fast.* 5.752; Aesiod. *Theog.* 1011-1016: cfr., sull'identificazione esiodiaca, per tutti, J. GAGÉ, *Enée, Faunus et le cult de Silvain pélasge*, in *MEFRA*, LXXIII, 1961, 101 ss.

latina (o 'albana' che dir si voglia)²⁹¹, inseriti in un mondo miticamente ancora remoto in cui si percepisce un solo abbozzo di arboricoltura (la *caprificatio*) e che si impone come antitetico a quello della città e della campagna²⁹²: non a caso la *cruenta festa* iniziatica dei *Lupercalia*²⁹³ potrebbe essere interpretata come espressiva, attraverso un suo esame interno, non tanto e solo della dualità demonica (lemurica-parentale) di Fauno, ma di un primo passo dei *creppi* dal mondo di natura (stato ferino dei *lupi-pastores*; pasto empio del luperco degli *exta* caprini destinati a Fauno; esclusione dall'abitato degli iniziandi) al mondo civile (pastorizia rudimentale dei *capri-pastores*): come il 'solco primigenio', il *iugum*

²⁸⁶ Virg. *Aen.* 7.170-172: cfr. V.I. ROVIAC, *Latinus Genealogy and the Palace of Picus (Aeneid 7.45-49, 170-91)*, in *CQ*, XXX, 1980, 140 ss.

²⁸⁷ A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, Larieroi e uomini all'alba di un a civiltà*², I-II, Torino, 1997-2002, 38 ss., 51 ss., 104 ss., 108 ss., 119 ss., 141 ss., 299 ss., 429 ss., 438 ss.; *Id.*, *Il sito di Roma nell'età preurbana. Introduzione al problema*, in *Studi in memoria di L. Guerrini*, Roma, 1998, 171 ss.; T. CORNELL, *Cicero on the Origins of Rome*, in J.G.F. POWELL - J.A. NORTH (ed.), *Cicero's Republic*, London, 2001, 41 ss. A. FRASCHETTI, *Romolo*, cit., 12 ss.; *contra*: cfr. G. BRUGNOLI, *I 'reges Albani' di Ovidio*, in A. PASQUALINI (ed.), *Alba Longa. Mito, storia, archeologia*, Roma, 1996, 127 ss.

²⁸⁸ Sall. *Cat.* 6.1: cfr., sul punto, N. GOLVERS, *The Latin Name 'Aborigines'. Some Historiographical and Linguistic Observations*, in *AntSoc*, XX, 1989, 193 ss.; D. BRIQUEL, *Le regard des autres. Les origines de Rome vues par ses ennemies*, Paris, 1997, 32 ss.

²⁸⁹ Cfr., ad esempio, Stercutus-Sterculinus/Deverra, la scopa, nonché Pilumnus, il *pilum*: in tal proposito, vd. M. PERFIGLI, *'Indigitamenta'. Divinità funzionali e Funzionalità divina nella Religione Romana*, Pisa, 2004, 47 s., 141 ss.

²⁹⁰ Per la collocazione cronologica dell'innesto del mito di Enea (cfr. Dion. Hal. 1.73.2; Lycophr. Alex. 1231-1235; Alcim. *FgrHist* 560 4) nelle saghe locali (inizio del sesto secolo a.C.), vd., per tutti, A. CARANDINI, *Remo*, cit., 35 ss.: e comunque neppure l'arrivo di Enea vulnera il legame tra la regalità romulea e il mondo delle selve più primitivo: Liv. 1.3.6, 1.4.8; Dion. Hal. 1.70.1-3; in tema è comunque imprescindibile T. CORNELL, *Aeneas and the Twins: the development of the Roman Foundation Legend*, in *PCPhS*, XXI, 1 ss.; F. ZEVI, *Il mito di Enea nella documentazione archeologica: nuove considerazioni*, in *L'epos greco in occidente*, Taranto, 1980, 247 ss.; *Id.*, *Note sulla leggenda di Enea in Italia*, in *Gli Etruschi e Roma. Incontri di studio in onore di M. Pallottino*, Roma, 1981, 145 ss.

²⁹¹ Sul punto è imprescindibile la lettura di B. LIOU-GILLE, *Une tentative de reconstitution historique: les cultes fédéraux latins de Diane Aventine et de Diane Nemorensis*, in *PP*, CCLXVII, 1992, 411 ss. (che supera - correttamente interpretando Svet. *Calig.* 35 - il pensiero di U. COLI, *Stati-città*, cit., 524), nonché per la identificazione dei *populi Albenses* di Plinio (*nat. hist.* 3.69) con i Latini, A. GRANDAZZI, *La liste plinienne des 'populi' dits 'Albenses' (Nat. Hist. 3.69)*, in *REL*, LXVII, 1999, 30 ss. (*contra*: C. AMPOLO, *L'organizzazione politica dei Latini ed il problema degli 'Albenses'*, in A. PASQUALINI (ed.), *Alba Longa. Mito, storia, archeologia*, cit., 135 ss.).

²⁹² Cfr., in tema, A. GIARDINA, *Allevamento ed economia della selva in Italia meridionale*, in A. GIARDINA - A. SCHIAVONE (ed.), *Società romana e produzione schiavistica*, I, Roma - Bari, 1981, 98.

del Tigillo Sororio, non è certo l'indice del passaggio immediato dalla pastorizia alla agricoltura²⁹⁴, ma sintomo del passaggio dallo status di banditi a quello di «fondatori-abitatori di centri proto-urbani e urbani»²⁹⁵, così - atomizzandosi l'interpretazione di Carandini - si potrebbe articolare il processo suvvisto non in due, bensì in tre fasi: *lupus / hircus / civis*: ossia realtà ferina /realtà pastorale /realtà (protocittadina e) cittadino-agricola. Ma, invero, se è incontestabile che la leggenda di Roma sia indissolubimente connessa con le vicende di Alba Longa²⁹⁶, altrettanto vero è che la relazione romulea con i *Silvii* albanì sin qui vista è intermediata dalla figura di Latino, prototipo, a mio vedere, della 'regalità federale latina'²⁹⁷, una cui larva storica, reinventata da Bebio²⁹⁸, potrebbe ben essere il *rex nemorensis* del *lucus Aricinus*²⁹⁹: figura antropomorfa, evoluta rispetto alla regalità silvestre di Pico e Fauno, ma legata ancora tradizionalmente ad animali, la scrofa e il toro. Al re Latino, prima ancora che ad Enea³⁰⁰, e in rapporto ad Alba, piuttosto che a Lavinio,³⁰¹ è associabile, infatti, il prodigio del parto dei trenta maialini³⁰² da parte della scrofa quale «animale sacrificale e ... ominale»³⁰³: e se tanti sono i maialini quanti i

²⁹³ Ov. *Fast.* 2.359-380.

²⁹⁴ Così, invece, vuole R. MARTIN, *Essai d'interprétation économique-sociale de la légende de Romulus*, in *Latomus*, XXVI, 1967, 297 ss.

²⁹⁵ A. CARANDINI, *Remo*, cit., 104 (in critica ad A. FRASCETTI, *Romolo*, cit., 44 s.).

²⁹⁶ Sulla impossibilità di considerare precedente metropoli latina Lavinio concordano pressoché tutti gli studiosi: cfr. M. PALLOTTINO, *Origini e storia primitiva di Roma*, cit., 118 s.

²⁹⁷ Cfr. R.A. LAROCHE, *The Alban King-list in Dionysius 1.70-71: a Numerical Analysis*, in *Historia*, XXXI, 1982, 112 ss.; G. BRUGNOLI, 'Reges Albanorum', in *Atti del Convegno virgiliano di Brindisi nel Bimillenario della morte*, Perugia, 1983, 157 ss. (entro una prospettiva che sottolinea il carattere artificiale degli antenati romulei).

²⁹⁸ Prisc. 4, 7 (Herz 129, 337).

²⁹⁹ A. BERNARDI, *L'interesse di Caligola per la successione del 'Rex Nemorensis' e l'arcaica regalità nel Lazio*, in *Athenaeum*, XLI, 1953, 275 ss.

³⁰⁰ Così secondo A. CARANDINI, *Remo*, cit., 98.

³⁰¹ Così secondo le convincenti argomentazioni di A. ALFÖLDY, *Early Rome*, cit., 271 ss.; nonché di D. BRIQUEL, *L'oiseau ominal, la louve de Mars, la truie feconde*, in *MEFRA*, LXXXVIII, 1976, 31 ss.; cfr., altresì, G. D'ANNA, *Problemi di letteratura latina arcaica*, Roma, 1976, 92 ss.; Id., voce *Alba Longa*, in *Enciclopedia virgiliana*, I, Roma, 1984, 77 ss.

³⁰² Dion. Hal. 1.66; Virg. *Aen.* 3.389-393, 8.42-48, 8.81; Varr. *rust.* 2.4.18; OGR 11.12: per una panoramica esaustiva delle fonti, cfr. J. CARCOPINO, *Virgile et les origines d'Ostie*, Paris, 435 ss.

³⁰³ G. VANOTTI, *L'altro Enea: la testimonianza di Dionigi*, Roma, 1995, 205; sui rapporti intercorrenti tra la scrofa e la sovranità cfr. J. THOMAS, *La truie blanche et les trente gorets dans l'Énéide de Virgile*, in P. WALTER (ed.), *Mythologies du Porc. Actes du Colloque de Saint Antoine l'Abbaye (4-5 avril 1998)*, Grenoble,

confederati *populi Albenses*, ad uno stesso numero ammontano le curie romulee (di modo che è facile spostare a Roma stessa il prodigio albense)³⁰⁴. In Latino, inoltre, si suol vedere o il *Iuppiter Latiaris* cui i sopraddetti *populi* sacrificavano sul *Mons Albanus* il toro bianco³⁰⁵ o, addirittura, per mimesi sostitutiva lo stesso toro³⁰⁶: un sacrificio animale, questo, che forniva con la distribuzione delle carni per il pasto comunitario (banchetto rituale)³⁰⁷, un culto antichissimo essenzialmente pastorale³⁰⁸, che si impose come «potente fattore di identità» e come una delle primarie «forme proprie di associazionismo»³⁰⁹ dei *populi* del *nomen Latinum*.

1999, 51 ss.; *Id.*, *Le boeuf, la truie et la louve : les animaux-totems et les voyageurs dans le mythe des origines de Rome*, in P. CARMIGNANI [ed.], *Bouleversants voyages. Itinéraires et transformations*, Perpignan, 2000, 67 ss.; sul punto, cfr., altresì, G. DURY-MOYAERS, *Énée et Lavinium. À propos des découvertes archéologiques récentes*, Bruxelles, 1981, 65; F. MORA, *Il pensiero storico-religioso antico: autori greci e Roma*, I, Roma, 1995, 146 ss.; C. DONÀ, *Per le vie dell'altro mondo: l'animale guida e il mito del viaggio*, Catanzaro, 2003, 40 ss.

³⁰⁴ Cfr. su Cassio Emina (Cass. Hem. fr. 11 P), che riconnette il prodigio alla fondazione (collaborativa tra Remo e Romolo) del *fanum* dei *Lares Grundiles*, R. SCHILLING, *Les 'Lares Grundiles'*, in *L'Italie préromaine et la Rome républicaine. Mélanges offerts à J. Heurgon*, Roma, 1976, 947 ss.

³⁰⁵ Dion. Hal. 4.49.2; Varro L.L. 6.25; Fest. 212 (Lindsay); *Schol. Bob.* a Cic. *Planc.* 25 ss.: A. ALFÖLDY, *Early Rome*, cit., 29 ss.; cfr., sul banchetto rituale, J. SCHEID, *La spartizione sacrificale a Roma*, in G. GROTTANELLI - N.F. PARISE (ed.), *Sacrificio e società nel mondo antico*, Roma - Bari, 1988, 271 ss., 276 ss. (che molto mutua dalle pionieristiche ricerche, nel mondo greco, in tema, di J.-P. VERNANT - M. DETIENNE, *La cuisine du sacrifice in pays grec*, Paris, 1979, *passim*).

³⁰⁶ C. CARANDINI, *Remo*, cit. 337.

³⁰⁷ Se per i greci «sacrifier, c'est fondamentalement tuer pour manger» (come si ricava da J.-P. VERNANT, *Théorie générale du sacrifice et mise à mort dans la 'thysia' grecque*, in J. RUDHART - O. REVERDIN (ed.), *Le sacrifice dans l'Antiquité*, Vandoeuvres - Genève, 1981, 1 ss.), nel Lazio - e a Roma poi - è il carattere della spartizione *inter participes* (*suum cuique tribuere*) a giocare il ruolo di maggior importanza in tali pratiche: ciò è stato ben rimarcato, di recente, anche da R. JACOB, *'Jus' ou la cuisine romaine de la norme*, in *Droit et Cultures*, XLVIII.2, 2004, 11 ss. (nonostante, a mio avviso, talune sue esagerazioni, atteso che - sulla base di un'analisi antropologica comparatistica - lo studioso ricollega il sostantivo *ius*, brodo, al *ius* quale termine del lessico giuridico indicativo di un «ensemble des droits absolus ... que chaque quirite détient à l'égard des autres et dont le corps quiritaire, dans son entier, est garant vis-à-vis de chacun» [*Id.*, *'Jus'*, cit., 34], ipotizzando una derivazione di quest'ultimo dal primo «par une métaphore caractéristique de la pensée symbolique» [*Id.*, *'Jus'*, cit., 58]).

³⁰⁸ Cfr. Dion. Hal. 4.49.3 (che ci attesta anche il sacrificio di agnelli, latte e formaggio). Sull'economia essenzialmente pastorale sino agli inizi del primo millennio a.C., A. GUIDI - M. PIPERNO, *Italia presitorica*, Bari, 1992, *passim*.

³⁰⁹ L. AIGNER-FORESTI, *Il federalismo nell'Italia antica (fino all'89 a.c.)*, in G. ZECCHINI, *Il federalismo nel mondo antico*, Milano, 2005, 87.

Tuttavia tutto ciò non significa affatto che le comunità del Bronzo e soprattutto del Ferro fossero unicamente a carattere silvestre o pastorale (tant'è che i demoni del Lazio erano, in verità, delle figure di «civilizzatori» e «fondatori»³¹⁰): assecondare la vulgata nemorense significa, infatti, pensare come vero il mito di una 'Stadtgründung' dal nulla. Detta visione artificiosa e primitivistica (conservatasi nella sfera iniziatica della religione romana), se confermata da Livio³¹¹, che protrae artatamente sino al momento della fondazione nell'ottavo secolo a.C.³¹² gli strali di un mondo antichissimo, sì da rispettare, per l'appunto, il 'cliché' mitico della creazione *ex nihilo* (in opposizione all'idea di 'Werdung', formazione)³¹³, è dissonante con il resoconto del primo libro del *de republica* di Cicerone (che deriva essenzialmente dall'*origo populi romani* di Catone)³¹⁴, con Dionigi (seppur nella sua intenzione di far apparire Roma 'grande' già ab origine in quanto '*polis greca*')³¹⁵, e con la più persuasiva interpretazione delle più recenti scoperte archeologiche, che attesta il cd. fenomeno proto-urbano³¹⁶. Vero, dunque quello che scriveva Cornell³¹⁷, ossia che la leggenda della fondazione³¹⁸ offre un documento innanzitutto sia di come i Romani dei tempi più tardi scelsero di percepire sé stessi, sia di

³¹⁰ A. BRELICH, *Tre variazioni romane sul tema delle origini*, Roma, 1995, 56 ss.

³¹¹ Liv. 2.1.3-6.

³¹² Per la collocazione cronologica della fondazione (sallustiana, liviana, varroniana, cinciana, fabiana) è utile la lettura di J. HEURGON, *Il Mediterraneo occidentale dalla preistoria a Roma arcaica*, Bari, 1972, 202 ss.

³¹³ A. BRELICH, *Introduzione alla storia delle religioni*², Pisa - Roma, 1995, 11 ss.

³¹⁴ Cic. *rep.* 2.

³¹⁵ Dion. Hal. 2.15.

³¹⁶ Cfr., in conformità alla impossibilità archeologica di seguire Livio e quindi di rappresentarne la pre-Roma e la Roma dei primordi come un sistema ancora del tutto silvestre-pastorale, R. PERONI, *Formazione e sviluppi dei centri protourabi medio-tirrenici*, in A. CARANDINI - R. CAPPELLI (ed.), *Roma. Romolo, Remo e la fondazione della città*, Milano, 2000, 26 ss.; A. CARANDINI - P. CARAFA, '*Palatium*' e '*Sacra via*', I, *Prima delle mura, l'età delle mure e le case arcaiche*, in BA, XXXI-XXXIII, 1995, *passim.*; A. CARANDINI, *Le mura di Roma, nuova fonte sulla Roma di età regia*, in BA, XVI-XVIII, 1992, 1 ss.; A. GUIDI, *The Emergence of the States in Central and Northern Italy*, in *ActaArch*, LXIX, 1998, 139 ss.; *contra*: A.M. BIETTI SESTIERI, *L'archeologia processuale in Italia, o l'impossibilità di essere normali*, in N. TERRENATO (ed.), *Archeologia teorica, X Ciclo di lezioni sulla ricerca applicata in Archeologia. Certosa di Pontignano (Siena), 9-14 agosto 1999*, Firenze, 2000, 216 ss.; J. MARTINEZ PINNA, *Los Reyes de Roma entre la leyenda y la historia*, in *Gerion*, XIX, 2001, 700; T.P. WISEMAN, *Recensione a A. CARANDINI, La nascita di Roma*, cit., in *JRS*, XC, 212 ss.; J. POU CET, *La fondation de Rome: croyants et agnostiques*, in *Latomus*, LIII, 1994, 95 ss.; A. FRASCHETTI, *Romolo*, cit., 67 s.

³¹⁷ T. CORNELL, *The Beginnings of Rome: Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000-264 B.C.)*, London - New York, 1995, 60.

come essi volevano essere percepiti; ma altrettanto vero è che – dinanzi alla molteplicità e alla antitetività delle visioni affioranti dalle fonti – vedere nella «memoria delle origini silvestri ... un'immagine reale della città alle sue origini o del centro che l'ha immediatamente preceduta ... significa compiere un errore che Catone, Cicerone e Dionigi hanno evitato»³¹⁹.

Quando Roma 'nasce', quindi, si può ipotizzare un quadro già parzialmente stabilizzatosi in era proto-urbana, in cui la pastorizia è solo attività «complementare»³²⁰ e in cui l'agricoltura si impone quale forma non esclusiva, ma prevalente³²¹. Incomincia così a delinarsi un quadro ben più preciso onde tracciare la linea

³¹⁸ Cfr., per la tradizione cd. canonica, Liv. 1.3.11; Dion. Hal. 1.77-78; Plut. *Rom.* 3.2-4 (sui motivi 'canonici' che danno forma, con le loro sequenze e i loro temi, alla saga romulea, cfr. J. POUCEY, *Les Rois de Rome. Tradition et histoire*, I, Bruxelles, 2000, 57 ss.). Hanno cercato di attribuire all'epoca medio repubblicana o l'intera saga o i suoi temi principali, vuoi come la fondazione da parte di Romolo, vuoi come la originale gemellarità: C. AMPOLO, *Introduzione*, in PLUTARCO, *Le vite di Teseo e Romolo*, Milano 1988, XXXIV ss.; T.P. WISEMAN, *Remus. A Roman Myth*, Exeter, 1998, *passim*; F. COARELLI, 'Remoria', in D. BRAUND - C. GILL (ed.), *Myth, History and Culture in Republican Rome. Studies in honour of T.P. Wiseman*, Exeter, 2003, 41 ss., contro tale impostazione che smantella la costruzione leggendaria e si sono pronunciati A. FRASCETTI, *Romolo*, cit., 7 ss.; E. GABBA, *Recensione a T.P. WISEMAN, Remus. A Roman Myth*, in *Athenaeum*, LXXXV, 1997, 308 s.; A. CARANDINI, *Introduzione*, in Id. (ed.), *La leggenda di Roma, I, Dalla nascita dei gemelli alla fondazione della città*, Milano, 2006, XL ss.

³¹⁹ A. CARANDINI, *Remo*, cit., 110 s.

³²⁰ Così, pure, P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 272.

³²¹ Come pare testimoniare sia la prevalenza delle festività di carattere agricolo su quelle pastorali, nel calendario romano (cfr., paradigmaticamente, N. TURCHI, *La religione romana*, cit., 81 ss.; ma soprattutto D. SABBATUCCI, *La religione di Roma*, cit., 28 ss., 90 ss., 126 ss., 152 ss., 171 ss., 248 ss., 302 ss.; 338 ss., 362 ss., 424 ss.), sia l'ampio riferimento nel lessico latino all'esperienza agricola (G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, cit., 102; C. DE MEIO, *Lingue tecniche del latino*, cit., 25 ss.). Pur senza prendere in esame il problema concernente la reale possibilità per i romani di conoscere l'allevamento in forme di estensione ragguardevole, si può concordare, di conseguenza, sulla visione di una Roma delle origini solo 'deutero-pastorale': cfr., *contra*, tra i giuristi, F. DE MARTINO, *Storia*, I, 39; F. BOZZA, 'Possessio' dell' 'ager publicus', I, Milano, 1939, 111; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le condizioni economiche e l'ambiente materiale del Lazio arcaico*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 3 ss.; tra gli storici cfr., paradigmaticamente, E. PAIS, *Storia di Roma*, I, Roma, 1928, 224, 258; si pronunciano per la prevalenza della pastorizia, ma con riguardo alle fasi laziali più antiche, sino solo al nono secolo a.C. (I, II A, II B), C. AMPOLO, *Le condizioni materiali della produzione. Agricoltura e paesaggio agrario*, in *Dialoghi di archeologia*, II, 1980, 15 ss. (Atti del convegno: 'La formazione della città nel Lazio, Roma 24 - 26 giugno 1977'); G. BERGONZI - A.M. BIETTI SESTIERI, *Periodi I e II A*, 47 ss.; A.M. BIETTI SESTIERI, *Periodo II B*, in *Dialoghi di archeologia*, II, 1980, 79 ss.; EAD., *Aggiornamento per i periodi I e II A*, in *Dialoghi di archeologia*, II, 1980, 65 ss.

di confine tra ciò che è incluso nel *mancipium* e ciò che ne è escluso. Il maiale, soprattutto la scrofa, è un animale collegato in età storica ai miti (più antichi) di fondazione e, pertanto, legato in primo luogo (e in posizione importantissima) alla religione romana: «la place du porcin dans la vie économique explique probablement son importance dans la religion romaine, comme animal de sacrifice», anzi è esso – come vuole Verrone³²² – «la bête sacrificielle originelle»³²³, nonché – come vuole Livio – garante, per diritto feziale, dei *foedera*³²⁴. E con il *sus*, si impongono essenzialmente quali animali sacrificali il *taurus* (come già si è visto) e gli *oves*: anzi tutti e tre queste *species* di animali (all'evidenza prototipi delle *bestiae* mai considerate oggetti del *mancipium*) si rinvengono contestualmente nell'arcaico rito sacrificale dei *suouetaurilia lactentia*³²⁵ e dei *suouetaurilia maiora*³²⁶: infatti, «pour la lustration des champs, l'agriculteur immolait un porcelet, un agneau et un veau (...); pour celle du peuple, lors de la clôture du *lustrum*, le censeur offrait un verrat, un bélier et un taureau»³²⁷.

Sotto il profilo religioso ed economico credo che le due categorie (*mancipia / res nec Mancipi*) siano oggetto di una 'funzionalizzazione tendente alla generalizzazione', e sotto quello storico di una 'schematica giustapposizione' di sistemi di vita da considerarsi, invero, diacronicamente: in una antitesi, opposta a quella bonfantiana, mi pare che 'ovini', 'suini', e 'tori' rimandino ad un mondo antichissimo pastorale (forse solo mitico), assurgendo essi sia a simboli di una necessaria confederazione politico-

³²² Varr. *rust.* 2.4.9-10.

³²³ Cfr. J. POU CET, *Le motif de la truie romaine aux trente goretts*, III, in *Folia Electronica Classica*, VII, 2004: «La truie, souvent pleine, est régulièrement offerte à Tellus et à Cérès. Elle a sa place dans le rituel des *Cerialia* (par exemple Ovide, *Fastes*, I, 349), et dans celui des *Feriae sementivae* (Ovide, *Fastes*, I, 671-672); avant la moisson, on immole la *porca praecidanea* (Caton, *Agr.*, 134, 1). Lien évident entre un animal particulièrement fécond et la fécondité souhaitée pour la terre et les champs. Que le porc ait également sa place dans le cérémonial du mariage (Varr., *R. R.*, II, 4, 9-10; ci-dessous) relève probablement de la même symbolique, dans le registre humain cette fois. Toutefois les porcins intervenaient aussi dans d'autres contextes. Ainsi, l'agriculteur sacrifiait un porc en expiation avant d'ouvrir une clairière dans un «bois sacré» (Cat., *Agr.*, 139), un rituel qui persistera longtemps: en 238-240 encore, sous l'empereur Gordien, lors des *Ambarualia* du 30 mai, «en raison de l'émondage du bois et des travaux accomplis» dans le *lucus* de la *Dea Dia* les frères Arvales sacrifieront deux truies pleines».

³²⁴ Liv. 1.24.7-9.

³²⁵ Cat. *agr.* 141.

³²⁶ Varr. *rust.* 2.1.10.

³²⁷ J. POU CET, *Le motif de la truie romaine aux trente goretts*, cit.

religiosa precivica, ove prevaleva l'aspetto comunistico della distribuzione dei beni (rappresentato dal banchetto comune), sia a indice di una economia che non impiegava affatto come forza lavoro l'attività animale; buoi, asini, muli cavalli, sono invece funzionalmente impiegati come 'forza lavoro' in un sistema economico (non unicamente agricolo), ove - in negativo - la pastorizia è solo il *vestigium* di un mondo precivico ormai lontanissimo. A mente di Gai 1.198, *pretiosiores* possono essere intese sì, pertanto, le *res Mancipi* (e ciò contro l'intendimento di De Visscher³²⁸ e di Franciosi³²⁹), ma non nel senso unidirezionale voluto da Bonfante (e neppure, come meglio si avrà modo di appurare di seguito, in quello polivalente di Gallo³³⁰): esse sono tali non in assoluto (avendo cioè riguardo la civiltà romana 'tout court'), ma in senso relativo (ossia rispetto alle limitate logiche di autoconservazione dei nuclei famigliari). I *Mancipia*, in generale, sono definibili *pretiosioria* a condizione che con tale aggettivo al grado comparativo si voglia rimarcare l'essere degli *animalia domita*, dei *Mancipia* umana, del *fundus* e delle antiche *servitutes* (in modo maggiore rispetto a quello delle *res nec Mancipi*) funzionalizzato in modo stabile alla sussistenza 'materiale' della *familia* romana, laddove *sues*, *oves*, *tauri* (abbiamo detto: archetipi bestiali delle *res nec Mancipi*) a tale fine non sarebbero primariamente diretti: questi ultimi mi paiono, in verità, tendenzialmente estranei alla categoria degli 'elementi vitali' per l'economia famigliare, in quanto animali essenzialmente o 'da sacrificio'³³¹, o diretti al solo fabbisogno alimentare³³², o impiegati per lo scambio commerciale³³³, sicché essi non sono giammai - prima in teoria che in pratica - componenti 'stabili' della *familia* stessa.

³²⁸ F. DE VISSCHER, *'Mancipium' et 'res Mancipi'*, cit., 322 ss.

³²⁹ G. FRANCIOSI, *'Res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 375 ss.

³³⁰ F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 1 ss., 31 ss.

³³¹

³³² Per quanto riguarda l'impiego alimentare nel Lazio primitivo di capre, pecore, maiali, cfr. M. PALLOTTINO, *Origini e storia primitiva di Roma*, cit., 135.

³³³ Per quanto riguarda l'impiego di *pecudes* (nel senso di bestiame minuto), come oggetto di scambio, cfr. P. VOGLI, *Modi d'acquisto*, cit., 271; F. GNOLI, *Di una recente ipotesi sui rapporti tra 'pecus', 'pecunia', 'peculium'*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 204 ss.

Secondo la celebre ricostruzione di Gallo³³⁴ (che presenta numerosi punti di contatto con quella dell'Archi³³⁵ e del Fabbrini³³⁶), imperniata, anzitutto sulla interpretazione, da un lato, di Gai 1.192, 2.14 a- 17, 2.18-22, dall'altro di Gai 1.21 e Varr. *L.L.* 6.85, entro uno schema che, per certi versi, si allontana dallo scetticismo di de Visscher (il quale appunto, riteneva impossibile addivenire ad una univoca soluzione giustificativa della natura della dicotomia *de qua*), per altri, fa proprio alcuni spunti del Bonfante (allontanandosi dagli eccessi della sua teoria che aveva, appunto, estremizzato il fondamento economico sociale intendendo le *res Mancipi* come cose di interesse collettivo, quelle *nec Mancipi* come di interesse individuale), ritiene che le *res Mancipi* siano le cose più preziose, ossia di maggior importanza sociale-domestica, per l'economia romana più antica che, da uno stadio - anteriore addirittura alla fondazione - in cui la pratica dell'agricoltura era di importanza secondaria, si sarebbe consolidata nel senso di una prevalenza dello sfruttamento dei campi come nerbo della vita sociale, militare, economica in senso lato. Tale sostrato sarebbe stato alla base della divergenza di regime tra le due categorie di *res*: e proprio alle modalità di circolazione, ad avviso del Gallo, avrebbe fatto riferimento il genitivo *Mancipi* (e *nec Mancipi*), indicando che talune cose, quelle più preziose, erano scambiate mediante *Mancipium*, ossia *Mancipatio*, a differenza della altre connotate negativamente con il genitivo *nec Mancipi*; ad avviso dell'autore il significato primo di *Mancipium* - suffragato anche dalle etimologie rinvenibili nelle fonti - sarebbe stato quello di negozio; tutti gli altri sarebbero derivati: sia quello di schiavo (unico tra le *res Mancipi* ad essere denominato, tanto nel lessico giuridico che in quello comune, *Mancipium*), che nella società più antica avrebbe rappresentato il prototipo dell'intera categoria, in quanto dotato di una preminenza cronologica e utilitaristica rispetto alle altre *res* (animali da tiro e da soma e fondi di proprietà individuale), sia quello - proprio del solo linguaggio comune - di potere su schiavi o, per traslato, su altri soggetti (per il tramite, invero, della accezione di 'potere sopra le persone libere vendute o date a nozza o in garanzia'); sia quello di *persona in causa Mancipi* (proprio di una

³³⁴ F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 1 ss.

³³⁵ G.G. ARCHI, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, in *RIDA*, VI, 1959, 229 ss. il quale non solo accoglie la premessa dell'unitarietà del potere paterno (da lui denominata *potestas*), ma rigetta la tesi di coloro che «ritengono di poter parlare di proprietà», con riguardo alla fase più antica di indistinzione.

³³⁶ F. FABBRINI, voce *Mancipatio*, cit., 101 ss.

fase del processo di differenziazione tra persone libere e non)³³⁷, sia quello di *mancipium* come potere sopra liberi (riflesso di una marcata distinzione tra la posizione giuridica di tali soggetti rispetto a quella degli schiavi). Prima di prendere autonomamente in esame le fonti, va detto che, sotto un profilo generale, la impostazione di Gallo presta il fianco a numerosi attacchi. Senza prendere in esame il problema della identificazione - di natura socio-economica - tra *res pretiosiores* e *res Mancipi* (già attaccata in quanto sarebbe stata operata da Gaio solo in via incidentale e, peraltro, fuori *sedes materiae*)³³⁸ anzitutto, metodologicamente, la intera ricerca prende come perno esclusivo la nozione di *res*, laddove - come ben sappiamo - la trattazione gaiana del *mancipium* si rinviene nel libro primo delle istituzioni (*ad personas pertinens*) e, invero, trascende come è palese la distinzione stessa tra beni e persone, categorie entrambe suscettive di formare l'oggetto dell'atto e del potere di *mancipium*³³⁹; in secondo luogo, quanto alla definizione e all'etimologia gaiane, rispettivamente in Gai 2.18-22 e Gai 1.21, che l'autore pretende di impiegare come conforto imprescindibile per la sua congettura circa la priorità cronologica di *mancipium* come atto, invero, si rivelano elementi assai fragili, ché (oltre ad implicare entrambe, sotto il più rigoroso approccio linguistico, un falso etimo, in quanto da un lato fanno derivare *Mancipi* da *mancipatio*, dall'altro, ricollegano *mancipatio* direttamente a *manu capere*, in quanto - ci dice Gaio - *manu res capitur*: ma su tale dato, invero, si potrebbe anche soprassedere) comportano, onde servire alla tesi di Gallo (sostenere che la genesi storica della distinzione è riconnessa all'introduzione della forma

³³⁷ Tale espressione si trova in modo assai singolare in Gaio: Gai 1.132, 1.138, 2.160

³³⁸ Cfr., così, F. DE VISSCHER, '*Mancipium*' et '*res Mancipi*', cit., 322 ss.; Id., *Recensione* a F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., in *Iura*, X, 1959, 193 ss.; G. FRANCIOSI, '*Res Mancipi*' e '*res nec Mancipi*', cit., 373 ss. Non può mancare di notarsi, del resto come il passo gaiano incriminato (Gai 1.192) sia di per sé assolutamente privo di ratio: il giurista afferma che per la assunzione di obligationes e la alienazione di *res Mancipi* la auctoritas del tutore muliebre non sarebbe cogente se non in presenza di una magna causa, e ciò perché con tali atti si potrebbe rendere la hereditas (ab intestato a favore del tutor legitimus) minus locuples: ma forse che una alienazione mancipativa di uno schiavo rende minus locuples il patrimonio muliebre di una alienazione, tradizione, di un migliaio di pecudes minuti? Sul punto, quanto ritiene il Gallo circa la persuasività dell'equazione gaiana *res Mancipi* = *res pretiosiores* così giustificata (anche allorché lo studioso sostiene che le *res Mancipi* sarebbero state le *res pretiosiores* in un tempo assai più remoto rispetto a quello in cui Gaio scriveva) non è affatto seguibile (F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 31 ss.).

³³⁹ Gai 1.49, 1.116, 1.119.

negoziale della *mancipatio*), un'operazione di arbitraria sostituzione del vocabolo '*mancipatio*' con '*mancipium*', ovvero la indimostrabile supposizione che l'ipoteticissimo 'modello' cui Gaio si sarebbe ispirato per la trattazione della circolazione delle *res mancipi* avesse contenuto tale vocabolo. Vero è invece che Gaio, dopo aver semplicemente enumerato le *res mancipi* (quasi non sapesse far altro che giustapporre i singoli beni della categoria, ignaro della logica storica di raggruppamento)³⁴⁰, nella sua definizione³⁴¹ altro non fa che descriverne – seppure palesando, in fine, velleità di storico – il mero regime di circolazione (il che per studenti e pratici rappresentava, quale dato sensibile e maggiormente appariscente, l'essenziale da sapere), senza in realtà spiegare la *ratio* della originaria distinzione con la *sepcies* opposta delle *res nec mancipi* (*species* che peraltro evita accuratamente di definire): in un'operazione che per rozzezza è stata paragonata a quella di un contemporaneo civilista che, confondendo il piano ontologico con quello deontologico, voglia dare come prima *definitio* dei beni immobili quella secondo cui detti beni sono quelli che si trasferiscono solo con atto scritto³⁴².

Quanto alla pressapochistica etimologia gaiana³⁴³, invero, essa si limita a fornire – appunto in un contesto di approssimazione linguistica che non tiene conto del medium dato dal segno *manceps* e dal segno *mancipium* – solo un collegamento tra il sostantivo *mancipatio* e l'espressione *manu capere*, senza, a mio credere, nulla dire circa l'originario (e, per molti, presuntivamente unico) significato che il Gallo vuole inevitabilmente ascrivere come il più remoto a *mancipium*.

Di poi, anche quanto al passo di Varrone³⁴⁴, la definizione di *mancipium* in essa riscontrabile è ben lungi, a mio avviso, dal prendere in considerazione il significato preteso dal Gallo di

³⁴⁰ Gai 2.14 a

³⁴¹ Gai 2.22

³⁴² S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 154 ss. Questo autore, per vero, nonostante la bontà del rilievo di cui in corpo di testo, giunge – ancora ammalato dai fasti dell'interpolazionismo – a tacciare di non genuinità anche lo stesso dettato di Gai 2.22 (circa il trattone '*sunt quae*' e '*unde ... dictae*'): invero la scarsa propensione per la *definitio* di Gaio (che, per l'appunto, né in Gai 2.14 a, né in Gai 2.22, definisce le *res mancipi*, così come in Gai 2.19 non fa emergere l'essere delle *res nec mancipi*, nel primo passo trovandosi una semplice elencazione, negli ultimi due una antitesi attinente il regime di circolazione dei beni), non implica una incursione glossematica, ben potendo il brano di Gai 2.22 essere intatto nella sua classicità (sotto il profilo meramente cronologico del termine), ancorchè ben lontano da una vera classicità (sostanziale) di pensiero giuridico.

³⁴³ Gai 1.121.

³⁴⁴ Varr. *L.L.* 6.85.

negozio: il segno *mancipium* viene accostato, infatti, solo a vocaboli indicativi di oggetti considerati sempre nella loro 'materialità' (o comunque non, neppure tendenzialmente, 'spiritualizzati'), quali *manubrium*, *manupretium*, e *manipulus*. Che si voglia dare a *quod* vuoi valore di congiunzione causale (come pretende senza mezzi termini il Gallo)³⁴⁵, vuoi valore di pronome relativo (come vuole il Noailles)³⁴⁶, le cose non cambiano affatto: è lecito, in realtà, ritenere indistintamente che Varrone intenda o che il *mancipium* è così detto perché (esso) *manu capitur*, o che è *mancipium* ciò che *manu capitur*, senza compromettere il senso di fondo che l'erudito romano evidentemente ascrive a *mancipium*, vale a dire quello di 'oggetto materiale' (tanto schiavo, quanto animale, quanto, credo, fondo). E in tutto ciò ci conforta l'*origo* di Isidoro di Siviglia³⁴⁷ che identifica il *mancipium* (ovviamente in senso materiale) come *quidquid manu capi ... potest*.

A tali considerazioni si devono aggiungere due ulteriori appunti, l'uno di carattere storico, l'altro di carattere linguistico, fortemente militanti, a mio modo di vedere, contro il Gallo. Da un lato, risulta alquanto improbabile (anzi assai incoerente) vedere al contempo il *mancipium* come immemorabile atto di scambio delle *res pretiosiores* e lo schiavo-*mancipium* come il più antico

³⁴⁵ F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 142 ss., 147 ss.

³⁴⁶ P. NOAILLES, *'Fas' et 'Ius'. Etudes du droit romain*, Paris, 1948, 99 ss., 144 ss.; Id., *Du droit sacré*, cit., 222 ss.

³⁴⁷ Isid. *orig.* 9.4.45, ove si tratterebbe - incongruentemente - in modo analogo, ponendoli sullo stesso piano (quali *res Mancipi*), di *homines*, di *equi* e di *oves*: gli ovini, invece, come è noto, sono da Gaio (Gai 2.15: su cui, tra gli altri, G. NICOSIA, *'Animalia quae collo dorsove domantur'*, cit, 52 ss.; G. NICOSIA, *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, cit., 167 ss., nonché A. GUARINO, *'Collo dorsove domantur'*, cit., 227 s.) inseriti tra le *res nec Mancipi* (P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 355 ss., il quale, peraltro, opera una accurata indagine intorno ai termini della lingua latina usati per rappresentare l'essere vivente non vegetale, ossia *animal* e *bestia*, osservando come, mentre l'impiego del primo, teso a designare l'insieme generale degli esseri animati, richiama nell'ambitentro la sfera delle grandi classificazioni zoologiche le affinità intercorrenti fra uomo e 'animale non umano', il secondo, volto a designare normalmente l'essere animato non umano, rimanda alla discrasia tra la comunità degli uomini e quella degli animali non umani): donde la plausibile (seppur non necessaria, presumendo una nozione atecnica di *mancipium*) correzione in *[b]oves* del Bruns (*'Fontes Iuris Romani Antiqui'*, II, Gradenwitz - Tübingen, 1909, 83, nt. 4). A prescindere dalle contraddizioni interne al passo, ché ora dice essere *mancipium* ciò che è suscettibile di essere preso; ora dice che gli *animalia* (umani e non umani) enumerati sono *mancipia* sin dalla nascita; ora che le sole *bestiae* sembrano essere *mancipia* solo allorquando si inizia a prenderle o a domarle, comunque, rimane indiscutibile l'impiego costante di *mancipium* nel senso materiale di oggetto di un potere.

paradigma della categoria delle stesse *res mancipi*: è stato ampiamente dimostrato, infatti, che il fenomeno della schiavitù – implicante seppur minimali rapporti transnazionali – non può che collegarsi nella fase più recente della monarchia antica³⁴⁸, talché affermare che lo schiavo è, prima delle bestie aggiogabili e dei fondi, coerenza imporrebbe di ritenere, alternativamente (e non simultaneamente, come fa invece il Gallo), o che la distinzione in parola non è così antica, o che Roma sin *ab origine* (anzi già in età precivica) conoscesse la schiavitù³⁴⁹. Dall'altro l'impiego di *capere manu* attestato singolarmente presso Trebazio Testa anche per immobili (*ager*)³⁵⁰, in una con le osservazioni dell'Orestano sul più antico significato di *manus* (quale potere tanto giuridico quanto fattuale)³⁵¹, si impone quale elemento *destruens* dell'ipotesi del Gallo secondo la quale la *res mancipi* fosse stata, in origine, la *res* oggetto di *mancipatio*, allorché, come potrebbe ricavarsi dal responso trebaziano, si consideri pure l'eventualità che *manu capere* abbia come primordiale significato, nient'affatto quello pacifico e negoziale (riferito al *mancipio accipiens*), ma quello, bellico (o comunque ostile), di sottrarre con la forza ad altri la ricchezza³⁵².

L'esame dei testi pare a me condurre verso mete affatto differenti da quelle cui perviene tanto il Gallo (che sotto tale profilo – a prescindere, quindi, dalla polemica sulla unitarietà o meno dei poteri del *pater familias* – è sostanzialmente seguito da Luigi Capogrossi Colognesi³⁵³ e da Domenico Nardi³⁵⁴), quanto prima di lui, il Bonfante e il De Visscher: se infatti, questi ultimi due, l'uno *sub specie* di 'proprietà gentilizia', l'altro *sub specie* di 'potere di comando', vedono una nozione primaria altamente spiritualizzata di *mancipium*, laddove il Gallo intende quest'ultimo come negozio che si definisce tale sulla base della constatazione che l'*accipiens manu capit*, è vero che nelle loro divergenze le teorie qui prese in

³⁴⁸ Cfr. le persuasive argomentazioni di H. LÉVY-BRUHL, *Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage*, in *Id.*, *Quelques problèmes du très ancien droit romain. Essai de solutions sociologiques*, Paris, 1934, 15 ss.; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, cit., 1 ss.; *Id.*, voce *Schiavitù*, cit., 622 ss.

³⁴⁹ Così, anche G. FRANCIOSI, '*Res mancipi*' e '*res nec mancipi*', cit., 375 ss.

³⁵⁰ D. 41.1.16 (cfr., altresì, sull'uso bellico di *manu capere*, Gell. 13.25.3 su cui F. BONA, *Sul concetto di manubiae e sulla responsabilità del magistrato in ordine alla preda*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 114 ss.).

³⁵¹ R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 79 ss.

³⁵² L. MAGANZANI, *Gli incrementi fluviali in Fiorentino VI inst.*, in *SDHI*, LIX, 1993, 251 ss.

³⁵³ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 288 ss.

³⁵⁴ D. NARDI, *Nuovi orientamenti in tema di 'personae in causa mancipi'*, in *Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche*, LXXXVI, 1975, 18 e nt. 58.

esame partono da un punto di partenza in comune: ossia la pacifica convinzione, a prescindere dalle concrete soluzioni adottate, circa l'unitarietà primitiva del concetto sotteso al sostantivo *mancipium*.

La polisemia di *mancipium* è un dato ineluttabile e, come già altri hanno sottolineato, essa è connotata da «sfumature di significato tali da non potersi inquadrare in questa o in quella accezione»³⁵⁵: sicché, a fronte di una etimologia che nulla o poco lumeggia (se non confonde addirittura) le origini³⁵⁶, pare errato quell'antico e comune preconetto che vuole *mancipium* come termine che in principio avesse significato una realtà soltanto.

Senza suddividere il materiale in opinabile categorie che presuppongono una distinzione tra lessico comune e lessico giuridico (nonché senza prendere in considerazione quelle attestazioni in cui si impiega il nostro sostantivo onde indicare liberti, vinti in battaglia, uomini di animo servile)³⁵⁷, è innegabile che *mancipium* si trovi, senza dubbio alcuno, tanto nell'accezione di potere³⁵⁸, quanto in quella di atto librare³⁵⁹, quanto in quella di generale oggetto negoziale³⁶⁰, o semplicemente di qualsivoglia *res*

³⁵⁵ Così D. NARDI, *Nuovi orientamenti*, cit., 21, benché palesi invece la sua propensione alla tesi del Gallo.

³⁵⁶ Cfr., sui pericoli delle conclusioni basate in via esclusiva sui dati etimologici, in termini generali, W. WUNDT, *Völkerpsychologie*, IX, *Das Recht*, Leipzig, 26; G. FRENZEL, *Die Vorstellung vom Eigentum in der römischen Juristen psychologisch Entwickelt*, Königsberg, 1908, 47; in modo più particolare, vd. J. ELLUL, *Etudes sur l'évolution et la nature juridique du 'mancipium'*, Bordeaux, 1936, 37.

³⁵⁷ Su ciò vd. l'esauriente analisi di F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, cit., 169 ss.

³⁵⁸ Dallo studio effettuato ritengo siano da intendere in tal senso (benché talora si impieghi *mancipatio* in luogo di *mancipium*): Gai 1.49, 1.116, 1.123, 1.132, 1.135, 1.138, 1.140-142, 2.86, 2.90, 2.96, 2.160, 3.104, 4.80; Vat. Frag. 51, 298, 300; *Lex de Salpensa* 22 R (Mommsen); Val. *prob.* 23 (Mommsen); Tab. Herc. LXV (ed. Arangio Ruiz - Pugliese Caratelli, 66, nt. 1.2); Tit. Ulp. 10 rubr., 19.18, 24.23-24; Gai aug. 1.12; Cic. *ad Brut.* 1.16.4; Cic. *ad fam.* 7.29.1 e 7.30.1-2; Ov. *ep.* 4.5.39; Sen. *ben.* 3.20.3, 5.19.1; Sen. *cons. ad Pol.* 10.4; Sen. *ep.* 72.7; Publ. Syr. *sent.* 593; Lucr. *rer. nat.* 3.971-984; Arn. *adv. nat.* 2.27; Gell. 4.3.3., 18.6.8-9; Non. 442; Tac. *ann.* 14.43; Fest. voce *possesiones* (277 Lindsay).

³⁵⁹ Tab. 6.1; Varr. *L.L.* 6.74, 5.163; Cic. *off.* 3.16.67, Cic. *orat.* 1.39.178-179 (su cui vd. S. RANDAZZO, *Leges Mancipii'*, cit., 92 s., 165 di cui non condivido la modifica del testo); D. 8.4.6 pr., 8.2.17.3. Dubbia è, a mio avviso, la lettura di *'mancipatum'* in Plin. *nat. hist.* 9.124 (che potrebbe far riferimento sia ad un potere, sia al gesto librare) e della relativa *'emptionibus quae Mancipi sunt'* di Plin. *nat. hist.* 33.43 (che potrebbe leggersi sia come una ellissi per 'a quelle alienazioni di *res quae Mancipi sunt'*, sia come 'a quelle alienazioni che sono *Mancipi'*: cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 337 e nt. 83

³⁶⁰ Varr. *L.L.* 7.105; Cic. *orat.* 1.173 (su cui vd., in senso opposto, ma infondatamente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 308 ss., 318 ss. che argomenta dalla sola giustapposizione di *mancipium* a *nexum*, quando invece si

suscettibile di essere *capta manu*³⁶¹, o di *res* o persona sottoposta a patere paterno³⁶², di schiavo³⁶³: come per *lis* (controversia / oggetto della controversia)³⁶⁴, *nexum* (negozio / rapporto)³⁶⁵, *possessio* (potere / oggetto del potere)³⁶⁶, *contractus* (negozio / vincolo)³⁶⁷, invero, si può trattare di un sostantivo per il quale postularsi una originaria (o, comunque, storica per il lasso di tempo che ci occupa) indistinzione tra il profilo della *res* o della persona (che *manu capitur*), quella dell'atto (con cui si trasferisce il potere), quella del potere (che si costituisce con il negozio). Come risolvere il problema

tratta sempre, seppur talora indicati con il loro aggetto, di *iura*); Cic. *Caec.* 74; Cic. *har. resp.* 14

³⁶¹ Varr. *L.L.* 6.85; Isid. *orig.* 9.4.45 (sempre che non si corregga, ovviamente, *ovis* con *boves*).

³⁶² Sen. *ad Lucil.* 74.17.

³⁶³ Gai 3.148, D. 1.5.4.3, 1.38.10, 21.1.35, 30.84.10, 32.41.2, I. 1.3.3; C. 4.43.2; Vat. Frag. 34; CTh. 3.3.1; Cic. *Caecil.* 56; Verr. 2.1.91, 2.2.35, 2.2.46-47, 2.4.9, 2.5.80, 2.5.149; Flacc. 49, 50, 80; Planc. 62: phil. 2.73; top. 27; par. 5.35; off. 3.71, 3.91, Att. 4.17.6, 5.8.2, 5.20.5, 8.11.4, 11.20.2, 12.28.3, 12.30.2; Quinct. 1.2.8, 3.9.4; Sen. *ep.* 74.17; Plaut. *Capt.* 954, Rud. 930, 1395; Ter. *Eun.* 274.

³⁶⁴ Cfr. Gai. 4.16, Varr. *L.L.* 7.93, Cic. *Mur.* 12.27: in tema vd. B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 76, il quale avverte come «*lis* ebbe senso tecnico corrispondente al nostro termine 'lite' (e forse, in origine, secondo la maggioranza dei linguisti, il senso di 'oggetto materiale del contendere')».

³⁶⁵ Cfr., per *nexum* nel senso di atto, Cic. *orat.* 3.40.159, *Mur.* 3; Varr. *L.L.* 7.105; Fest. voce *nexum*; nel senso di rapporto: Liv. 7.19.5; Cic. *rep.* 2.59, (vd., in tema, G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli, 1967, 65 s. e nt. 215).

³⁶⁶ Cfr. Cic. *leg. agr.* 3.7, su cui le note di C.A. CANNATA, *'Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero*, Milano, 1962, 9 ss.).

³⁶⁷ Come ha messo in luce A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale. Milano 7-9 aprile 1987*, I, Milano, 1988, 21 s., *contractum* è oscillante (in astratto) tra due polarità semantiche, quella di rapporto obbligatorio e quella di atto costitutivo di detto rapporto: «in base all'analisi morfologica delle prime testimonianze classiche, tra cui proprio quella labeoniana di D. 50.16.19, esso sembrerebbe riallacciarsi più all'idea dell'atto obbligatorio (*ob-ligatio*) che non al significato, divenuto in seguito dominante, di rapporto obbligatorio. In particolare tuttavia anche nel testo di Labeone, ove si parla di *ultra citroque obligatio*, pur ammesso che ci si voglia con ciò riferire in primo luogo all'impegno bilateralmente assunto, non si può negare che ne risulti necessariamente indicato il conseguente vincolo reciproco. Tale interpretazione trova appoggio in Gaio (3.137) che all'obbligarsi reciproco a quanto l'uno deve prestare all'altro contraente (*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ... praestare oportet*), qualificante i quattro contratti consensuali, contrappone l'obbligarsi di una sola parte rispetto all'altra, proprio in particolare delle *verborum obligationes* e dei *nomina* letterali» (cfr., sul punto, anche Id., *Ancora*

Da un lato, siamo ben informati del fatto che il *pater* era il titolare di un potere apicalmente unitario (a prescindere dalla questione, a mio avviso sostanzialmente poco pregna di significato, se esso si fosse chiamato *mancipium*³⁶⁸, o *potestas*³⁶⁹, o *manus*³⁷⁰, o addirittura non fosse esistito un sostantivo unitario che ne esprimesse globalmente la effettiva portata)³⁷¹ il quale si manifestava - a quanto risulta - su filii, schiavi, donne, animali da soma, fondi, senza che ciò - ovviamente - significhi patrimonializzare gli elementi umani³⁷², o personificare gli elementi animali (o reali)³⁷³: questi ultimi, infatti, assoggettati al medesimo potere paterno, erano suscettibili di formare l'oggetto di una

sul contratto nel pensiero di Labeone, in *SDHI*, LI, 1985, 459).

³⁶⁸ Come crede P. BONFANTE, *Forme primitive*, cit., 95 ss.

³⁶⁹ Come crede F. GALLO, *Osservazioni*, cit., 201 ss.; *Id.*, *Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, XVI, 1970, 16 ss.

³⁷⁰ Come crede L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 75.

³⁷¹ Sulla unitarietà dell'originario *mancipium* (o, che dir si voglia, *potestas* o *manus*), quale generale ed indifferenziato potere su cose e persone del *pater*, vd., per una sintesi magistrale, A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 140 ss., *Id.*, *L'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss. La tesi non è, per vero, nuova, ma rispolverata con grande vigore e puntualità dal Gallo (F. Gallo, *'Potestas'*, cit., 16 ss.) è stata sostenuta anche nel secolo decimonono dalla dottrina di lingua tedesca: vd., *ex plurimis*, E. GANS, *Scholien zum Gaius*, Berlin, 138 ss.; J. CHRISTIANSEN, *Die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse*, I, Altona, 1838, 134 ss.; G.F.F. RUPERTI, *Handbuch der Römischen Alterthümer*, II.2, Hannover, 1843, 670; A. ROSSBACH, *Untersuchungen über die römische Ehe*, Stuttgart, 1853, 26 ss.; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, 30, 41, 441 ss.; nel secolo ventesimo, quanto all'Italia, rimarchevole la posizione di C. FADDA, *Diritto delle persone e della famiglia*, Napoli, 1910, 150 ss. che parla al contempo di proprietà e di «potere unico e indistinto». Il dibattuto e arduo problema in tema di poteri originari del *pater familias* (con riguardo precipuo ai rapporti intercorrenti tra 'signoria sulle cose' e 'poteri sulle persone sottoposte', cfr. P. DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, in *SDHI*, XXII, 1956, 61 ss.; U. COLI, *Le origini della 'Civitas' romana secondo De Francisci*, in *SSE*, s.n., 1959, 422) ha condotto a diverse soluzioni: invero, l'alternativa cui si troverebbe di fronte la dottrina romanistica compendiata dal Capogrossi (ad avviso del quale si tratterebbe o di «accogliere la tesi dell'esistenza di un potere di carattere unitario del *pater familias* su uomini e cose, oppure, in antitesi ad essa, rifarsi invece all'idea che già *ab antiquo* esistesse nell'esperienza giuridica romana, sia pure a un ben diverso grado di elaborazione concettuale e di chiarificazione terminologica, lo schema rappresentato dal *dominium ex iure Quiritium*»): L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 124; cfr., altresì, *Id.*, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.), parrebbe invero più complessa, soprattutto ove si ritenga di poter distinguere tra un potere di fatto e uno di diritto (su animali, cose, persone). Delle diverse soluzioni (potere unitario; potere distinto; potere unitario giuridico) ben mi pare più aderente alle pur scarse testimonianze la tesi dell'indifferenziazione: secondo il De Visscher, ad esempio, in epoca arcaica le *res Mancipi* e le *personae alieni iuris* - come testimonierebbe Gai 1.116-123 - avrebbero formato *eodem modo* l'oggetto della *mancipatio*, sicché sarebbe d'uopo congetturare che il *pater familias* fosse stato

*mancipatio*³⁷⁴, di una *vinidcatio*³⁷⁵, di una *in iure cessio*³⁷⁶, di *usus*³⁷⁷, così come del resto potevano essere oggetto di *furtum* avverso il *pater*³⁷⁸. Si tratta di 'componenti' umani, animali, reali, che se tra loro sono ontologicamente eterogenei, al contempo risultano tra loro omogeneamente connessi (in una *reductio ad unum*) in quanto sottoposti all'egida di un *pater* (senza che questa sia di per sé sintomo o di un potere di comando che, ovviamente, non può dirigersi verso gli elementi materiali, o di una 'proprietà' che implica una realizzazione della natura umana di figli): elementi che manifestano, armoniosamente, la loro intima interdipendenza in funzione della sussistenza del nucleo familiare.

in origine titolare di un *imperium* domestico, il cd. *mancipium*, suscettibile di esercitarsi sopra le persone sottoposte e gli animali da tiro e da soma (F. DE VISSCHER, '*Mancipium*', cit., 322 ss.). L'Ambrosino, di poi, seguendo - in parte - la via tracciata dal De Visscher, andava oltre, notando che non solo la *mancipatio*, ma anche altri istituti - quali la *legis actio sacramento*, l'*actio furti*, l'*in iure cessio* - ai primordi della storia dell'ordinamento romano, si applicavano tanto a cose quanto a persone e che solo successivamente sarebbero divenuti pressoché esclusivi del *dominium* quiritario: donde la congettura che finanche le persone fossero in età arcaica oggetto di una sorta di 'proprietà' (R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 573 ss.: sul pensiero di questi due autori, e per una puntuale critica delle posizioni assunte dal Capogrossi, cfr. F. GALLO, '*Potestas*', cit., 22 ss.; importanti notazioni pure in ID., *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias'*, cit., 193 ss.). Per quanto mi riguarda, sono persuaso che entro un sistema che permette l'esperimento dell'*actio furti* (è questo, infatti, a mio avviso, il dato che più di altri può indurre l'interprete a vedere una originaria indifferenziazione, ovviamente per soli certuni fini, tra cose e persone soggette al *mancipium* paterno: *contra*, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Milano 1963, 96) nel caso di sottrazione di un *filius familias* o di una *uxor in manu*, ben si possa ipotizzare un principio che contempra l'uccisione di un elemento umano soggetto all'originario e indifferenziato potere del *pater-dominus* alla stregua di un mero 'danneggiamento' (sulla *lex Aquilia* come 'salto qualitativo' nella strada tendente dalla originaria indifferenziazione all'autonoma configurazione di un potere dominicale su cose, distinto da quello sulle persone (cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1950, 159 ss., 174 ss.).

³⁷² Per la visione economicistica della *familia*, cfr., per tutti, R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative*, cit., 575 ss. Si tratterebbe, invero, di una falsificazione delle fonti che, come Cic. *ad Brut.* 1.17.6, affermano che *dominum ne parentem quidem maiores nostri voluerunt esse* (D. 50.16.215): la potestà anzitutto sui figli non «poté essere riassunta, giuridicamente, nel concetto di 'proprietà'»: cfr. A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, I, *Dalle origini alla età degli Antonimi*, Milano 1979, 73; G. LOBRANO, '*Pater et filius eadem persona*'. *Per lo studio della 'patria potestas'*, I, Milano, 1984, 10 s.

³⁷³ F. DE VISSCHER, '*Mancipium*' et '*res mancipi*', in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.

³⁷⁴ Gai 1.120; Gai 2.22.

³⁷⁵ Gai 1.134; D. 6.1.1.2.

³⁷⁶ Gai 1.134; 1.168; 1.70; Tit. Ulp. 11.6, 19.10.

³⁷⁷ Gai 1.111; Cic. *Flacc.* 34.84.

La *domus* e l'*heredium*, l'*iter*, la *via*, l'*actus*, il *rivus* (quanto ai *fundi* romani), nonché i *boves*, gli *asini*, i *muli* (quanto agli animali aggiogabili o aggiogati)³⁷⁹, cui vanno sommati necessariamente l'*uxor*, i *filii*, i *servii* (quanto alle persone)³⁸⁰, nella loro irriducibile diversità sono stretti da una duplice cifra comune, il vincolo fortissimo del potere paterno e il legame teleologico che li compatta come unità fondanti della antica (quanto meno tardomonarchica) *familia*. Esisteva, quindi, un potere unitario che possiamo comodamente chiamare *mancipium*, in quanto aveva ad oggetto sia quelle *res* che erano esplicitamente ancora dette, in età classica, *mancipi* (fondi e animali del *mancipium*), sia i cd. *mancipia* umani (gli schiavi), sia le persone che, diverse dagli schiavi, o venivano dette (con riguardo al potere su di loro esercitato) *in mancipio*³⁸¹, o erano considerate (con riguardo alla parziale analogia con gli schiavi) *in causa mancipii* (ossia nello stato di *mancipium*), sia soggetti che, pur non essendo né *res* né persone apertamente dette *in mancipio*, erano in concreto assoggettabili ai medesimi atti di circolazione, di tutela, di condotte illecite lesive di un *pater* (*filii* e *uxores*). E se verisimilmente questi elementi della *familia* in origine – giusta la indistinzione tra oggetto e potere – erano tutti detti indistintamente *mancipia*³⁸², ben è comprensibile che nel prosieguo del tempo, allorché iniziò, entro la frantumazione dell'originario potere, a definirsi una umanizzazione dei poteri paterni sui figli (*potestas*) e sulla moglie (*manus*)³⁸³,

³⁷⁸ D. 47.2.14.13; D. 47.2.38.1; Gai 3.199; I. 4.1.9.

³⁷⁹ Gai 2.14 a.

³⁸⁰ Gai 1.120; Gai 2.22.

³⁸¹ Cfr. Gai 1.116, 1.123, 1.140-141, 3.104, 3.114; Coll. 16.3.7; Paul. Sent. 4.8.7. L'espressione *ex mancipatione manumissus*, inoltre, pare non poter aver altro senso che di 'estromesso dal potere del *mancipium*' e non di 'manomesso nella forma di *mancipatio*' (cfr. Gai 1.135, 1.137, 2.141; 3.6; Coll. 16.2.6; Ulp. 23.3); del pari Gai 1.134-135 impiega *in mancipatione* per indicare il potere: sul punto incomprensibile è D. NARDI, *Nuovi orientamenti*, cit., 26 s., il quale sostiene che nelle formule testé citate (*in mancipio* o *in mancipatione esse*; *ex mancipio* o *ex mancipatione manumitti*), il vocabolo *mancipatio* al pari di *mancipium* starebbe per 'negozio librato', ma poi si riduce a tradurre 'anfibiamente' nel seguente modo: «essere nel potere derivante dalla prima, dalla seconda o dalla terza *mancipatio*», precisando che sarebbe un'assurdità, tra l'altro, rendere l'*ex* con l'ablativo mediante 'nella forma di' o 'per effetto di' e *mancipio* e *mancipatione* con 'atto traslativo'.

³⁸² Contro tale congettura non vale ovviamente il ragionare (storicamente erroneo) di Gallo che, entro la cornice della sua tesi non può che escludere la comune denominazione proposta nel testo, pensando, invece, che *mancipium* per antonomasia fosse lo schiavo soltanto (F. GALLO, *Studi sulla distinzione tra 'res mancipi' e 'res nec mancipi'*, cit., 171 s.).

³⁸³ Contro la *communis opinio* (cfr., per tutti, A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, I, cit., 25 ss., 104 ss., 143), secondo cui il potere

progressivamente separati dal potere su cose (*dominium*), il sostantivo *mancipium* sia rimasto quasi esclusivamente collegato agli schiavi o alle figure paraservili, alquanto più conformi, rispetto agli altri, al modello di originaria indistinzione: le *res*, quindi, continuano a definirsi oggetto di *mancipium*, e all'antico regime non solo sostanzialmente ma pure terminologicamente si rifanno i *mancipia* umani e le persone *in mancipio*, mentre *fili* e *uxores*, più distanti dal regime originario, perdono nominalisticamente i loro rapporti con il *mancipium*. Ma, a prescindere dal lessico più avanzato (sensibile al processo storico subito dal diritto romano), sono concretamente tutti questi elementi gli atomi costitutivi della *familia* romana arcaica³⁸⁴ e, pertanto, gli 'oggetti' ricompresi entro una sfera di potere non meramente 'fattuale', ma 'giuridico' in quanto espressamente riconosciuto, come si ricava dal rito della *mancipatio*³⁸⁵, da quello della *legis actio sacramenti in rem*³⁸⁶, e della *in iure cessio*³⁸⁷, sempre *ex iure Quiritium*.

Detto questo circa l'equivalenza tra *familia* e originari *mancipia*, è evidente come rimangano fuori da tale ricostruzione - che ben adatta, circa il regime di tutela e di trasferimento, al formalismo originario - tutte quelle *res* che in negativo i classici indicano come *nec mancipi*: rientrano esse nel potere del pater come sopra delimitato, e sono trasferibili e tutelabili con gli stessi strumenti ritualizzati operanti in rapporto ai *mancipia*? In altre parole sono connotabili dette *res nec mancipi* come parimenti soggette ad un regime giuridico? Io credo che tali domande non possano che avere una risposta negativa.

Anzitutto, sotto il profilo della circolazione dei beni, sappiamo che lo strumento negoziale per il trasferimento di queste *res* era la semplice *traditio*, vale a dire - nella sua forma non simbolica - la mera consegna all'avente causa, ossia secondo la usuale modalità corrispondente «al materiale spostamento fisico della cosa dal *tradens* all'*accipiens*»³⁸⁸: come giustificare la totale assenza di formalismo per il passaggio di un potere giuridicamente rilevante entro un sistema altamente ritualizzato quale era quello della Roma più antica³⁸⁹? Le *res nec mancipi* non erano, in quanto

paterno avrebbe avuto una vicenda storico-dogmatica ad andamento calante, si pone il G. LOBRANO, *'Pater et filius eadem persona'*, I, cit., 33 ss.

³⁸⁴ Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 484 s.

³⁸⁵ Gai 1.119.

³⁸⁶ Gai 4.16.

³⁸⁷ Gai 2.24.

³⁸⁸ A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 2006, 67.

³⁸⁹ G. FRANCIOSI, *'Res mancipi' e 'res nec mancipi'*, cit., 375, il quale peraltro rammenta come solo le *res mancipi* fossero prese in considerazione ai

estranee al *mancipium*, *res familiares*, non erano cioè beni tendenti alla stabilità e alla sopravvivenza del gruppo sottoposti al potere paterno riconosciuto *ex iure Quiritium*. E in quanto tali non si richiedeva che venissero scambiate con quel rigido rituale imposto per la circolazione di *mancipia*. Anzi, uno strumento di immediata attuazione come la *traditio* pare perfettamente inserirsi nella logica dello scambio di beni che, esuberanti rispetto al patrimonio stabile della *familia* ed eccedenti le necessità essenziali di quest'ultima, rappresentavano una ricchezza mobiliare che non era vitale per l'economia familiare e che, immediatamente funzionalizzata al commercio cui poco si addiceva il formalismo: ecco delinearci il primo insieme di *res nec mancipi*, quel bestiame minuto da cui trae origine la *pecunia*³⁹⁰, che non era oggetto del potere giuridico del *pater* ma di un 'potere fattuale' informalmente trasmissibile, piuttosto che di una «propriété de fait» o di una «maitrise effective»³⁹¹.

In secondo luogo, sotto il profilo della tutela dei beni, riprendendo quanto congetturato, sulla scorta già del Bonfante³⁹² e del Cornil³⁹³, dal Kaser (secondo cui «dass auch die *vindicatio* einmal auf Personen und *res mancipi* beschränkt war, liegt erstens deshalb nahe, weil man sich nur schwer vorstellen kann, der umständliche und feierliche Ritus könnte auch für minder wichtige und wertvolle Güter verwendet worden sein; zweitens war auf diese Gegenstände auch die *mancipatio* beschränkt, die mit der *vindicatio* vielleicht in genetischen Zusammenhang steht»³⁹⁴),

fini del censimento (Cic. *Flacc.* 32.80; Fest. voce *censui censendo*).

³⁹⁰ Cfr., sul punto, le raffinate argomentazioni del Prosdocimi, ad avviso del quale «*pecu* ha conservato il valore originario di 'bestiame' mentre il derivato *pecunia* ha assunto il valore di ricchezza», ciò essendo più che verisimile trovando «un forte appiglio nella evoluzione storica - anche come riflesso di una situazione pre-storica - della moneta romana», in quanto «la moneta 'monetata' succede al valore espresso in capi di bestiame dove la priorità logica e cronologica è del bestiame» (A.L. PROSDOCIMI, *Sul lessico istituzionale indoeuropeo*, in *Scritti inediti e sparsi*, III, Lingua, Testi, Storia, Padova, 2004, 1275.).

³⁹¹ G. CORNIL, *Du 'Mancipium'*, cit., 416. Cfr., sulla piena e incondizionato dominio con limitato riguardo alle *res mancipi*, altresì, G. DE SANCTIS, *Storia*, IV.2.2, cit., 68 (su cui vd. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, 22 ss., critico tanto delle posizioni bonfantiane, quanto di quelle devisscheriane, e sostenitore della originaria valenza negoziale di *mancipium*).

³⁹² P. BONFANTE, *Forme primitive*, cit., 177 ss.

³⁹³ G. CORNIL, *Du 'Mancipium'*, cit., 409 ss.

³⁹⁴ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², cit., 107 s.; cfr., altresì, Ib., *Das altrömische 'ius'*, cit., 321 ss., Ib., *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*, LXVIII, 1951, 147 ss., ove troviamo lapidariamente conciso il suo pensiero (che, come è ovvio, ritiene Gai 4.17 non probante per l'età predecemvirale e decemvirale): «wir glauben daher: die förmliche *vindicatio* und durch die

potremmo interrogarci, per l'appunto, circa la specularità tra l'affermazione contenziosa del *'meum esse ex iure Quiritium'* da parte del *reus* e quella, identica, ma di natura negoziale, pronunciata dal *mancipio accipiens*. Seppur dubitativamente, si potrebbe, in effetti, inferire da tale parallelismo formulare qualche importante e radicale conclusione circa la portata che la stessa *legis actio sacramenti in rem* (e così, in prosieguo, la *in iure cessio*³⁹⁵) abbia avuto in origine. Sarebbe lecito ritenere che tale strumento processuale - anche alla luce di quanto sopra detto circa il regime differenziato di circolazione dei *mancipia* e della *res nec Mancipi* - fosse stato approntato geneticamente solo per rivendicare ciò che era oggetto di *mancipium* (con esclusione, quindi, della *pecunia*), sebbene in prosieguo di tempo (una volta che, forse già a partire dalla fase etrusca della monarchia, la sfera ordinamentale romana andò progressivamente ad estendersi sempre più sino a ricomprendere oltre la *familia* anche la *pecunia*, diversificando peraltro il regime dei singoli oggetti del nuovo potere paterno)³⁹⁶, si sarebbe - come da tutti è noto - esteso alla *vindicatio* delle *res nec Mancipi*³⁹⁷? In altre parole, se sul piano

mancipatio vermittelte Gewährzug gehören im alten Recht insofern zusammen, als jene nur and en gleichen (Personen und) Sachen zulässig war wie dieser. Während aber die *mancipatio* stets auf den Kreis der *res Mancipi* beschränkt blieb, wurde die *vindicatio* mit der Weiterbildung dieses Verfahrens auf die Sachgütergruppen ausgedehnt»; quanto alle *res nec Mancipi*, lo studioso scrive che «sehen wir Gründe dafür, dass die ursprüngliche, formlose Verfolgungsweise, die den Wiedererwerb der Sache als bloßes Anhängsel and en förmlichen Deliktsstreit behandelt, noch lange, über die XII Tafeln hinaus, fortbestanden hat». Hanno approfondito le ipotesi del Kaser (che per vero, talora, pare aggrapparsi a ben più labili elementi di quelli anche in corpo di testo quale quello fornito da Cic. *top.* 5.28 che a mio avviso non riguarda il *genus 'alienatio'*, ma la *species 'alienatio rei Mancipi'*), M. LAURIA, *'Usus'*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, IV, Napoli, 1954, 495 ss.

³⁹⁵ Cfr., sulla plausibilità della derivazione della *in iure cessio* dalla *vindicatio*, A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio (rem tenens in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI*, XLII, 1976, 183 e nt. 88.

³⁹⁶ A. GUARINO, *La rivoluzione*, cit., 250 ss.: è infatti sul finire del regno primitivo che si intensifica massivamente l'attività agricola e quella dei commerci sicché si forma una ricchezza mobiliare che, in una società altamente più complessa di quella delle origini, non accetta più una considerazione solo fattuale di certi rapporti: il dominio quiritario ricomprende in sé, quindi, seppur con regimi di circolazione tradizionalmente diversi, le *res Mancipi* e quelle *nec Mancipi* e l'agire *sacramento* viene impiegato, estensivamente, pure per la tutela di quei beni che un tempo ne erano esclusi (e che, forse, erano proteggibili con la persecuzione del furto: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II², cit., 150 ss.)

³⁹⁷ Ovviamente tale ipotetica ricostruzione viene fatta nella piena consapevolezza delle chiare affermazioni di Gai 4.17, Gai 2.43; Tit. Ulp. 19.8-9, 19.16-17; Cic. *top.* 4.23, che, indicando l'impiego della *in iure cessio* e della *vindicatio*, anche per le *res nec Mancipi*, non parrebbero però testimoniare per

sostanziale, ai fini della circolazione dei beni, al difetto di solennità della *traditio* della *pecunia* corrispondeva la solennità del gesto librare avente ad oggetto i *mancipia*, è immaginabile, sul piano processuale, la venuta meno della testé rammentata asimmetria, in nome di una originaria unitarietà di una tutela che, predisposta all'evidenza per le *res Mancipi*, si applicasse pure a quelle *nec Mancipi*, ossia per quelle *res* che, in quanto tali, esorbitavano dalla sfera giuridica del *mancipium*? Io, alla luce di quanto detto circa il *mancipium* e circa la *traditio*, avrei qualche serio dubbio a rispondere positivamente e, quindi a ritenere che, almeno in origine (vale a dire prima della completa conclusione del *processus*

l'epoca più antica, anteriore alle XII tavole. Vero è, comunque, che, sul piano sostanziale, si può delineare un *processus* analogo: la *mancipatio*, infatti, nasceva come negozio funzionale, in via esclusiva, al trasferimento di *res Mancipi*, mentre la *traditio* era impiegata solo per le *res nec Mancipi*: tuttavia, come apprendiamo da Plinio il Vecchio (*nat. hist.* 9.35.58, 9.35.60), in casi in cui il valore della *res* seppur non *Mancipi* fosse particolarmente elevato (o, comunque, le parti intendevano servirsi della maggior solennità del rito del gesto librare) poteva essere impiegata la *mancipatio*: così F. GALLO, '*Res Mancipi*', cit., 138 ss., nt. 230; P. COLLINET - A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, I³, Parigi 1930, 321. Anzi, si potrebbe ipotizzare che antecedente dell'impiego per il trasferimento di *res nec Mancipi* mediante *mancipatio* sia stata proprio la *mancipatio familiare*: come è noto nelle Istituzioni di Gaio, il giurista dopo avere accennato scaranamente ai due più antichi testamenti (*calatis comitiis* ed *in procinctu*: Gai 2.101), riferisce di un *tertium genus testamenti quod per aes et libram agitur*. La struttura è delineata nei suoi punti nodali, e con la constatazione che un soggetto che non avesse fatto un testamento comiziale o *in procinctu*, ove sul punto di morire (*qui ... subita morte urgebatur*) amico *familiam suam, id est patrimonium suum, Mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet*, e che, dato l'uso della *mancipatio* accennata, l'atto venne designato come *testamentum per aes et libram* (Gai 2.102). Gaio, di poi afferma che, una volta caduti in desuetudine i due più antichi testamenti, rimase in uso solo quello librare. Ma non esita a precisare che, al tempo suo, il testamento *per aes et libram* aveva assunto tratti diversi da quelli originari (*sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*): infatti in origine, il *familiae emptor heredis locum optinebat*, di talché il testatore era costretto a dargli mandato affinché disponesse dei beni acquistati a favore d'altri, una volta che egli fosse morto. Di contro, in prosieguo, il *familiae emptor* venne mantenuto solo per motivi di forma negoziale mantenuta per tradizione (*dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur*) e nell'atto si aggiunsero la *heredis institutio*, ed eventualmente legati: è oltre modo chiaro che è di Gaio e di Gaio soltanto l'espressione *familiae emptor* che intende come acquirente fiduciario della *familia, id est patrimonium*. Ora, la descrizione della forma nuova del *testamentum per aes et libram* (2.104) ha suscitato - come è noto - in dottrina gravissimi dubbi circa il tenore dei *verba* di cui il *familiae emptor utitur*, pur pacifico restando sia che insieme al testatore che *mancipat alicui dicis gratia familiam suam, sicut in ceteris Mancipationibus*, di cinque testi cittadini romani e di un *libripens*, sia che tutto ciò avviene *postquam tabulas testamenti scripserit*; sia che ciò avviene a seguito dei *verba* pronunciati da parte del *familiae emptor* (percussione della bilancia, consegna dell'*aes* al testatore da parte del *familiae*

di giuridicizzazione del 'possesso pecuniario' entro la categoria del dominio), colui che vantava un mero 'potere di fatto' (o, comunque, un potere altro rispetto al '*mancipium*') sulla *res nec Mancipi*, nel dialogo contenzioso pronunciava la stessa solenne affermazione che, negozialmente e processualmente, il *vindicans* di un elemento animale, reale o umano compreso nel *mancipium* proferiva, richiamandosi alle espressioni tipiche della più antica forma di appartenenza, ossia al '*meum esse*' e al '*ius Quiritium*'³⁹⁸.

Inoltre, una volta accolta, quanto alla celeberrima disposizione delle XII Tavole sull'*usus auctoritas* (Tab. 6.3)³⁹⁹, la interpretazione di *auctoritas* come 'garanzia per l'evizione' e di

emptor; nuncupatio del testatore con in mano le *tabulae*): cfr., su tali aspetti, A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio'*, cit., 173 ss.; S. RANDAZZO, '*Leges Mancipii*', cit., 42 ss.; B. ALBANESE, *Sul formalismo della 'mancipatio familiae' in Gai 2.104*, in *AUPA*, XLVII, 2002, 68 ss. Gai 2,104 non pone particolari problemi. Che, comunque, il *familiae emptor* sia colui al quale, stando a Gaio, *mancipat alicui dicis gratia familiam suam*, mi pare una constatazione ancora una volta 'fuori formula', ossia una descrizione che il giurista fa con proprie parole della dinamica negoziale. Quanto ai *verba* del *familiae emptor* se nel veronese si legge lo sgrammatico '*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUAM CUSTODELAQUE MEA QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA ESTO MIHI EMPTA*' in gli editori di FIRA (II², 65-66) correggono in '*FAMILIA PECUNIAQUE TUA ENDO MANDATELAM CUSTODELAMQUE MEAM, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA*', laddove nella edizione di Seckel-Kübler (*Gai institutionum lcommentarii quattor*, Lipsiae, 1903, 76) si legge '*FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA <ESSE AIO, EAQUE>, QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA*': versioni queste due cui talora alcuni studiosi correggono, nelle parti relativa, con '*ENDO MANDATELA CUSTODELAQUE MEA*' ('*ENDO MANDATELAM CUSTODELAMQUE MEAM*') e con '*<EX IURE QUIRITIUM ESSE AIO, EAQUE>*' (cfr., sul punto, con dovizia di argomentazioni, S. RANDAZZO, '*Leges Mancipii*', cit., 42, che - a mio avviso non fondatamente - espunge prima di *mandatela[m]* il *tua[m]*, riferendo così tale attività al *familiae emptor*). A prescindere dalle divergenti formali, comunque, da quanto ricaviamo dal formulario (Gai. 2.104), possiamo concordare che il negozio era, invero, una *mancipatio* tanto di *familia* quanto di *pecunia* e non solo di *familia* (contro l'uso di detto atto librare anche per il trasferimento di *res nec Mancipi* cfr. S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 48; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft*, cit., 9 ss.). Il fatto che Gaio, quindi, discorra costantemente (fuori formula) di *familiae emptor* e di *familiae Mancipatio* senza alcun riferimento alla *pecunia*, mi pare peraltro ancor più corroborare la natura originariamente duale del potere e del patrimonio paterno, in quanto evidenzia un chiaro slittamento semantico del sostantivo *familia*: se in formula compare per indicare tutto il patrimonio l'endiadi *familia pecuniaque*, il giurista afferma che tutto il patrimonio, invece, è *familia* (il che significa che tale sostantivo al suo tempo assorbiva anche quanto un tempo era dalla sua sfera semantica escluso perché da riconnettere a *pecunia*): sul punto, contro tale mia ricostruzione, vd. B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 166 ss., che tuttavia

usus come 'possesso' (ai fini dell'usucapione⁴⁰⁰, prolungato per due anni quanto ai *fundi*⁴⁰¹, per un anno quanto alle *ceterae res*⁴⁰²), mi pare che essa sia sintomatica di una rilevanza 'giuridica' – ancora in età decemvirale – esclusivamente limitata alle *res Mancipi*, o per meglio dire, che essa riverberi la inapplicabilità dell'*usus* alle *res nec Mancipi*: il che, per vero, si inserirebbe coerentemente in un sistema in cui tali cose ancora extragiuridiche si trasferiscono validamente solo con uno spostamento materiale a favore di un *accipiens* (ovviamente in buona fede). Partendo dal presupposto che il nesso asindetico tra i due sostantivi lascia presagire un

non può seguirsi in quanto tiene conto del dato a mio avviso capitale rappresentato dalla discrasia tra 'formula' (originale) e 'descrizione' (gaiana). Seppur *dicis gratia*, con il passaggio da *Mancipatio familiae* a testamento librare il *familiae emptor* continuava ad affermare, giusta la ben nota tendenza conservativa dei formulari (alla cui costanza corrispondono realtà sostanzialmente mutate), '*meam esse aio*', ciò significa anzitutto che, allorché tale affermazione non era ancora solo *vestigium* del passato in quanto svuotata della sua portata originaria, la *pecunia* e la *familia* erano ancora tradizionalmente sentite come realtà distinte seppur già giuridicizzate all'insegna del quiritario '*meum esse*' (laddove con Gaio l'unità del patrimonio si potrà ben esprimere con un solo sostantivo), in secondo luogo che la *Mancipatio* trascendeva contenutisticamente la sua originaria portata, ché essa ammetteva il trasferimento anche di *res nec Mancipi* (lungi, pertanto dall'essere esse – come invece ben poteva accadere in quella fase pregressa in cui in quanto estranee al *Mancipium*, erano anche estranee adl sistema – con la morte o *res nullius* o in blocco necessario oggetto di legati: S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, I, cit., 96 ss.; F. WIEACKER, *Hausgenossenschaft*, cit., 9 ss.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 63 ss.).

³⁹⁸ Cfr., sul punto, R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, *passim*.

³⁹⁹ Cfr., quanto all'attribuzione nelle fonti al codice decemvirale di disposizioni che riconoscono l'acquisto della proprietà giusta una *possessio* prolungata nel tempo: Cic. *off.* 1.12; *top.* 4.23; *leg.* 1.21.55, 2.24.61; *Caec.* 19.54; Gai 2.42, 2.45, 2.47, 2.49, 2.54, 2.204, 1.111; Boeth. *top.* 4.23.

⁴⁰⁰ La celebre *lex decemvirale* che prevede, stando a Cicerone e Gaio (Cic. *top.* 4.2.3, *Caec.* 19.54; Gai 2.42.), un *usus* e una *auctoritas* di un *biennium* per i fondi (cui dovrebbero aggiungersi le *aedes*) e di un anno per le *ceterae res* ha avviato una congerie di disparatissime soluzioni, tutte, per vero legate sempre alla congettura, ma in alcuni casi, assolutamente da rigettare. Tralasciando l'ozioso problema circa la funzione logica di *usus* nel nesso *usus auctoritas*, che taluni sulla sola base del fraintendimento di Boeth. *top.* 4.23 intendono erroneamente come un genitivo (P. HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum'*, cit., 183; P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 27 ss., 47 ss. 276 ss.; sul punto cfr., inoltre, sulla scia dello Huvelin, T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*, I-III, in *ZSS*, LXVII-LXIX, 1960-1962, 16 ss., 221 ss., 81 ss., che peraltro esclude il legame tra la norma decemvirale sull'*usus auctoritas* con l'istituto dell'usucapione; M. KASER, *Altrömisches Eigentum und 'usucapio'*, in *ZSS*, CV, 1988, 122 ss.; contro la interpretazione di *usus* come genitivo di *auctoritas* nel

legame tra termini «concettualmente inseparabili»⁴⁰³, una identità – o perlomeno una comunanza – circa l’oggetto del possesso e della garanzia, e non invece circa i soggetti cui attribuire l’uno e l’altra (come è, ad esempio, per i nessi *emptio venditio* e *locatio conductio*), va notato anzitutto come – secondo quella che mi pare la soluzione più attendibile – la garanzia in parola, espressa dal segno *auctoritas*, sia esclusivamente da connettere, quale ‘essenziale negotii’⁴⁰⁴, al negozio della *mancipatio*⁴⁰⁵ e riguardi unicamente le *res mancipi*⁴⁰⁶. In virtù di tale osservazione, la correlazione posta dai decemviri attraverso la parattatica giustapposizione dei due sostantivi, tra l’istituto dell’*usus* e quello

senso di ‘garanzia per il possesso’, vd. B. ALBANESE, ‘*Usus auctoritas fundi*’ in *XII Tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *AUPA*, XLV, 5 ss., nonché in *Scritti*, III, cit., 479 ss.; M.H. CRAWFORD (ed.), *Roman Statutes*, II, cit., 685 ss.) Secondo una prima scuola di pensiero (cfr., *ex plurimis*, P. HUVELIN, *Etudes sur le ‘furtum’*, cit., 183; P. NOAILLES, ‘*Fas’ et ‘ius’*’, cit., 227), atteso che sarebbe impossibile esprimere contemporaneamente l’idea della estinzione (di una garanzia) e quella della realizzazione (dell’acquisto di proprietà), e che il riferimento all’*auctoritas*-garanzia sarebbe inutile (alla luce del fatto che, appunto, l’*usus*, quale modo di acquisto, si avrebbe dopo due anni), il termine *auctoritas* indicherebbe la ‘proprietà definitiva’ dell’avente causa: cfr., altresì, H. LEVY BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, 1947, 24 ss., che reputa il precetto duodecimtabulare indicativo con *usus* di un potere di fatto, e con *auctoritas* di un ‘potere di diritto’ verso terzi (ancora dell’alienante durante l’*usus* dell’acquirente), nella logica di un precetto che stabilisce la perdita del potere di diritto da parte di colui che non eserciti di fatto il potere di diritto prolungatamente; parimenti, R. YARON, *Reflection on ‘usucapio’*, in *TR*, XXV, 1967, 191 ss., pensa ad *auctoritas* come ad un «power of recovering the object» (mentre *usus* sarebbe un potere di «control over the fundus»); A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, Princeton - London, 1975, 150 ss., che riprende in parte A. MAGDELAIN, ‘*Auctoritas rerum*’, in *RIDA*, V, 1950, 141 ss., parla invece di *auctoritas* come «right or title of ownership of a person who had control but has no longer», facendo propria la visione di Yaron circa *usus*; sulla stessa scia si pone anche A.E. GIFFARD, *Le sens du mot ‘auctoritas’ dans le lois relatives à l’usucapion*, in *RHDEF*, XVI, 1937, 339 ss., che pensa ad *auctoritas* come ad un potere immediato dell’acquirente, «puissance juridique» o «du droit», che gli permette di usucapire (cfr., altresì, M. HORVAT, *Reflexions sur l’usucapio’ et l’auctoritas*’, in *RIDA*, III, 1956, 285 ss. G. DIÓSDY, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, 89 ss.). Ad onore del vero, anche senza prendere in considerazione i profili della ‘utilità’ o meno del precetto decemvirale (che peraltro sono oggetto di considerazioni nient’affatto perspicue, ché presuppongono una correlazione precedente la legislazione decemvirale tra *usus* e *auctoritas* e non la innovatività di detta correlazione), e quelli circa la concepibilità di una con testualità di un effetto di estinzione-costituzione (che appaiono di gran poco momento), non si dice affatto nelle fonti che l’*auctoritas* si consegue dopo il passaggio di un biennio, ma sia Gaio che Cicerone ci informano espressamente che essa dura per due anni (come l’*usus*). Secondo altro orientamento l’asindeto non sarebbe intelligibile se riferito a due soggetti differenti, di modo che la sola via da seguire onde comprendere la norma sarebbe quella di intendere *usus auctoritas* nel senso di ‘uso prolungato

dell'*auctoritas*, credo lecito sia da invocare contro una interpretazione tale per cui – a voler riconoscere, come è ovvio, originali le parole di Cic. *top.* 4.23 – il legislatore del quinto secolo avrebbe sì stabilito una comunanza di durata, ora in due anni ora in un anno, e dell'*usus* e dell'*auctoritas*, ma avrebbe invero taciuto la sua reale *mens*: *mens* che, per l'appunto, era tale da voler sottintendere che la disposizione in parola, in forza del solo brevissimo attacco '*usus auctoritas*', fosse suscettibile di una applicazione per così dire 'schizofrenica', in virtù della quale, cioè, la durata tanto dell'*usus* quanto della *auctoritas* sarebbe stata la stessa, ma ora in relazione ai casi in cui si ammetteva l'uno (per

(dell'acquirente) come titolo definitivo e fittizio (in quanto senza vero *auctor*) dell'usucapione': a parte la indecifrabilità concettuale e la incoerenza terminologica di tale ricostruzione mi pare fuor di dubbio, ché invero contestualmente attribuisce ad *auctoritas*, quale predicativo di *usus*, il valore di titolo della proprietà ,«titre de propriété», e (in sostanza) di diritto stesso di proprietà (A. MAGDELAÏN, '*Auctoritas rerum*', cit., 141 ss.; J. ROUSSIER, '*Ius auctoritatis*', in *RHDEF*, IV, 1951, 231 ss. che parla contemporaneamente di «fondament legal de puissance» e di «puissance fonde en droit»; in sostanza ad esso conforme a tale pensiero è pure M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 25, e con qualche L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell''auctoritas*', in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, 375 ss., che parla di «potere di diritto» e «autorità legittima»), cfr. i giusti rilievi critici di M. HUMBERT, *Il valore semantico e giuridico di 'usus' nelle Dodici Tavole*, in *Id.*, *Le Dodici Tavole*, cit., 385, che ritiene altamente improbabile che Tab. 6.3 dichiarasse così concisamente che la proprietà definitiva dell'acquirente si acquista nel termine dell'*usus*, mentre la *auctoritas* del disponente si estingue trascorso il termine dell'*usus*. Più complesso, ma sempre da non seguire, è il pensiero di De Visscher secondo cui va superato il dilemma insolubile posto se si accetta che *usus* è la *possessio* a usucapione e *auctoritas* la garanzia del *mancipio dans*: dilemma secondo cui o va detto che pure nella *traditio* c'è *auctoritas* o che l'usucapione si riferisce solo alle *res Mancipi* (alternative entrambe false). La *auctoritas* sarebbe così un titolo privato caduco e provvisorio non limitato alla *mancipatio* ma pure alla *traditio* di *res Mancipi*, che il trascorrere del tempo ratifica e rende pubblico: ma anche tale soluzione, a parte la assenza nelle fonti di una distinzione tra proprietà *iure publico* e proprietà *iure privato* porta ad esiti inaccettabili, giacché bisognerebbe sostenere che la *mancipatio a domino* non trasferisce un potere definitivo al pari di quella *a non domino* e della *traditio* di *res Mancipi* (cfr. F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, cit., 143 ss., 156, 181 ss.; contro la cui spiegazione 'fantasiosa', si sono in molti schierati: cfr. K.F. THORMANN, '*Auctoritas*', in *Iura*, V, 1954, 1 ss., M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione di auctoritas come effetto della 'mancipatio'*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 15 ss. (che ritiene recisamente giammai esistito il concetto di garanzia per l'evizione in rapporto con *auctoritas*); G. FRANCIOSI, '*Auctoritas*' e '*usucapio*', in *Labeo*, IX, 1963, 17 ss.; per una sostanziale adesione alla tesi di De Visscher, cfr. M. KASER, *Neue Studien*, cit., 166); neppure Cic. *Caec.* 26.74 e Cic. *har. resp.* 7.14 possono essere adottati a fondamento dell'esistenza di un istituto generale quale la proprietà di 'diritto pubblico'. Il primo fa riferimento a un fondo che da un pater può essere lasciato, ma – si prosegue – solo con l'*usucapio* dello stesso si avrà vittoria certa contro qualsivoglia tipo di contestazione; nel secondo passo, infatti,

res Mancipi e *nec Mancipi*, per *res non furtiva*), ora in relazione ai casi in cui era prevista l'altra (per *res Mancipi*).

Assai più coerente ed onesto, al contrario, mi pare sia il riconoscere che il *carmen* in oggetto sia stato concepito esclusivamente per i rapporti orbitanti nel *Mancipium* e che, pertanto, l'*usus* decemvirale ancora non fosse contemplato per tutto quanto esorbitasse da detto *Mancipium*⁴⁰⁷. I decemviri con tale *carmen* non avrebbero introdotto l'unitario concetto di 'usucapione' (asseritamente espresso dal 'nesso endiadico' *usus auctoritas*)⁴⁰⁸, né avrebbero disciplinato solo la 'garanzia del possesso' di un *Mancipio accipiens* acquirente *a domino* o *a non*

Cicerone contro gli attacchi di Clodio si limita a dire che, quale eccezione rispetto a tutte le altre *domus*, la sua (durante il suo esilio incendiata con seguente consacrazione a Libera dell'area sottostante: cfr., sul celebre episodio, J. CLASSEN, *Diritto retorica, politica. La strategia retorica di Cicerone*, trad. it., Bologna, 1998, 219 ss.; M. BEARD - J. NORTH - S. PRICE, *Religions of Rome, I, A History*, Cambridge, 1998, 114 ss.), veniva garantita a lui, una volta ritornato in Roma, da un senatoconsulto e dal collegio pontificale (cfr., sui due passi, T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*, II, cit., 246 ss.; P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 38, 49). Per la tesi tradizionale cfr., *ex plurimis*, W. STINTZING, *Über die 'Mancipatio'*, Leipzig, 1904, 20; T. MOMMSEN, *'De auctoritate commentatio'*, in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 458 ss.; P.F. GIRARD, *L'action 'auctoritatis'*, in *NRHDEF*, VI, 1882, 180 ss.; U. VON LÜBTOW, *Studien zum altrömische Kaufrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 113 ss.; K.F. THORMANN, *'Auctoritas'*, cit., 63 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, II, cit., 314; G. FRANCIOSI, *'Auctoritas'*, cit., 13; F. LEIFER, *Altrömische Studien IV. Mancipium und auctoritas. Mit Beiträgen zum römischen Schuld und- Haftungsproblem*", in *ZSS*, LVII, 1937, che pur parla di una 'Samtwährschaft'; Quanto al significato di *usus* come 'usucapione' come sostenuto da ultimo dall'Albanese, seppur con qualche interna contraddizione che talora lo fa propendere per una nozione di *usus* come di solo potere fattuale (B. ALBANESE, *'Usus auctoritas fundi'*, cit., 488 ss.) credo non tenga sufficientemente conto del fatto che l'*usus* è indicato come una situazione prolungata per uno o due anni, laddove l'usucapione è modo di acquisto della proprietà che istantaneamente si concerta 'dopo' il passaggio di uno o due anni (cfr. la cristallina affermazione in tal senso di Gai 2.42): donde, la necessità di intendere l'asindeto *usus auctoritas* né come una endiadi esprime, sostanzialmente, il medesimo valore di *usucapio* (F.-J. CASINOS-MORA, *'Auctoritas rerum decemviralis'*, in *RIDA*, L, 2003, 69 s., che intende *auctoritas*, peraltro, come modo di acquisto della proprietà), né come un nesso sinonimico (A. MAGDELAIN, *'Auctoritas rerum'*, cit., 231 ss.), né nel senso identificativo di *usus* con usucapione (B. ALBANESE, *'Usus auctoritas fundi'*, cit., 488 ss.), né nel senso identificativo di *auctoritas* con usucapione (J. BUDÉ, *'Annotationes in XXIV libros Pandectarum'*, Lyon, 1551, 689), ma come nesso bisemico nel quale il legislatore giustappone in una correlazione innovativa due distinti concetti, ossia quello di 'possesso *ad usucapionem*' e quello di 'garanzia', accomunati dalla medesima durata nel tempo e dalla loro relazione esclusiva con elementi del *Mancipium*. Sull'impiego decemvirale di *usus* come testimonianza della più antica terminologia possessoria, G. NICOSIA, *Il possesso*, I, Palermo, 1997, 63 ss.; G. DIÖSDY, *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*, Budapest, 1970, 89; vd., altresì, i rilievi di M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 381 ss., che pensa ad

domino (quest'ultimo da ritenersi necessariamente in buona fede)⁴⁰⁹; essi avrebbero preso in considerazione, correlandole indissolubilmente, due situazioni sì eterogenee, ma accomunate sotto il profilo 'cronologico' e 'oggettivo' (sicché *usus auctoritas* non si può intendere né come 'endiadi', né come 'nesso sinonimico', bensì come 'asindeto bisemico'): con un *usus* prolungato per due anni un fondo (ad esempio solo tradito) si acquisiva al *mancipium* dell'utente (prima situazione incontrovertita)⁴¹⁰; indi, la *auctoritas* per l'evizione di un fondo eccedente i due anni - ad avviso dei decemviri - sarebbe stata superflua (seconda situazione verisimilmente innovativa). Inoltre,

un riferimento all'esercizio di un diritto e non ad un potere di fatto (che si converta in proprietà), pensa ad una «espressione materiale (e definitiva) della proprietà acquistata» (visione, questa che, a mio credere, non tiene conto del caso per cui Gaio cita, seppur non testualmente, il principio decemvirale sulla usucapio). Più adeguato, nel contesto del *carmen decemvirale* in oggetto, mi pare la nozione di *usus* data da Gagliardi che - pur dicendo di aderire alla soluzione di Humbert, in sostanza però discostandosene - pensa solo ad *usus* come ad un possesso che doveva essere protetto (per due anni nel caso di fondi) dall'*auctoritas* del *mancipio dans* (L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 141 ss.): in verità credo che la soluzione migliore, come sopra accennavo, sia quella di intendere i due termini *usus-auctoritas* come correlati solo in forza dell'elemento temporale: non 'garanzia del possesso di durata biennale', ma garanzia per l'evizione pari a due anni essendo il possesso per acquisire il *mancipium* di due anni. Quanto al collegamento tra *auctoritas* e garanzia, esso, del resto, è antico e ben attestato: cfr. *Prob.* 4.7, *Cic. Mur.* 12.26; *Caec.* 19.54; *Gell.* 2.6.16; *D.* 19.1.6.5; *D.* 21.2.63.1; *C.* 8.44.7; *C.* 8.44.14; *Plaut. Poen.* 145; *Plaut. Curc.* 490 ss.; *Plaut. Trin.* 217; *Ter. Eun.* 390; *Sen. contr.* 7.6.22 s. Vd., per maggiori ragguagli bibliografici, L. GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., 143.

⁴⁰¹ Cfr., sul tema, per tutti, J.H. MICHEL, *Pourquoi l'usucapio des immeubles duarrit-elle deux ans?*, in *Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles, 1982, 135 ss.

⁴⁰² Cfr., sul valore di *ceterae res*, *infra*.

⁴⁰³ M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 381.

⁴⁰⁴ Così, in sostanza, A. WATSON, *Rome of the XII Tables*, cit., 144 ss.; *contra*, vd. G. FRANCIOSI, '*Auctoritas*', cit., 52, che parla di *naturale negotii*.

⁴⁰⁵ Non aderisco, cioè, anzitutto alla tesi che nega la struttura dualistica della *mancipatio*, come invece sostenuto da: P. MEYLAN, *Le rôle de la 'bona fides' dans le passage de la vente au comptant a la vente consensuelle a Rome*, in '*Aequitas*' und '*bona fides*'. *Festgabe für A. Simonius*, Basel, 1955, 248 ss.; Id., *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in *TR*, XXI, 1953 ss.; K.F. THORMANN, *Der doppelte Ursprung der 'mancipatio'*, München, 1943, 54 ss.; a favore dell'originario dualismo, cfr. W. KUNKEL, voce '*mancipatio*', in *RE*, XIV, Stuttgart, 1928, 1001 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 333 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 44 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 39 ss. Quanto al fondamento della garanzia per evizione, esclusa la risalente e pressoché priva di appigli nelle fonti (se non quelli di una comparazione con la garanzia nella compravendita consensuale tramite *stipulatio*) tesi dell'assunzione espressa della *obligatio* (vd., per tutti, P.E. HUSCHKE,

atteso che la *auctoritas* di durata annua è immaginabile solo con riguardo a trasferimenti mediante il gesto della *mancipatio*, le *ceterae res* del resoconto ciceroniano sono inevitabilmente da identificare con le altre *res* e *personae* oggetto di *mancipium*, e solo ad esse non può che riferirsi, giusta la correlazione sopraddetta, anche l'esplicito *usus annuus*. In tutto ciò la *pecunia* non era affatto presa in considerazione: essa non era ritenuta usucapibile (ed era esclusa dalla sfera di applicabilità del versetto su *usus auctoritas*), giacché essa non formava affatto oggetto di rapporti pienamente giuridicizzati. Essa era soltanto oggetto di possesso e il possesso non si usucapisce.

Ueber das Recht des 'nexum' und das alte römische Schuldrecht, Leipzig, 1846, 37 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 373), non credo convincente neppure quella che equipara l'*actio auctoritatis* all'*actio* per la persecuzione del furto non flagrante (giusta la considerazione formulata da R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III.1, Leipzig, 1888, 139 ss., circa la semplicità degli atti giuridici; considerazione in virtù della quale sarebbe inconcepibile la contestuale produzione di effetti tanto reali quanto obbligatori; e giusta, altresì, quella di P.F. GIRARD, *L'action 'auctoritatis'*, cit., 180 ss., che distingue tra *auctoritas*, onere sorto *ipso iure*, e *obligatio auctoritatis* con scaturigine nella condanna dell'avente causa): essa risulta infondata, a mio credere, in quanto chi riceve il prezzo non sottrae affatto furtivamente alcunché, in quanto ai fini della integrazione della fattispecie mancano sia l'elemento della *subreptio* sia, se in buona fede, quello del dolo specifico (cfr., a favore di tale tesi, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 133, nt. 6). La tesi dell'automatica insorgenza *ex mancipatione* dell'*auctoritas* (più quale oggetto di un 'onere' che di un 'obbligo' di intervenire nel processo di rivendica e provocare la soccombenza dell'attore: M. KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Weimar, 1943, 130) e, in caso di soccombenza dell'evitto (quindi di non conseguimento del risultato che il dante causa aveva garantito all'acquirente), dell'*obligatio auctoritatis* al pagamento, a titolo di pena (e non al semplice risarcimento: P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 37), è confermata oltre che da Paul. Sent. 2.17.2-3 e., in negativo, da quelle fonti che ci attestano come per evitare l'effetto della garanzia fosse necessario ricorrere alla *mancipatio nummo uno* (CIL II 5042) o non ricorrere proprio al gesto librato (Plaut. *persa* 4.3.55-56, 4.4.40), da numerosi passi varroniani che attestano chiaramente una capitale diversità di regime a seconda che si tratti di *mancipatio* o di 'vendita' di *res nec Mancipi* (tuttavia sulle peculiarità della «dottrina varroniana del trasferimento della proprietà», giusta le discrepanze rispetto alle regole che distinguono tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, cfr. A. CENDERELLI, 'Varroniana'. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone, Milano, 1973, 149; D. NÖRR, Recensione ad A. CENDERELLI, 'Varroniana', cit., in ZSS, XCI, 1974, 544): quando si tratta di vendita di capre, maiali, pecore, è costante la promessa del venditore sia che la merce non sia comunque viziata, sia che egli l'acquirente avrà il libero e pacifico godimento della stessa (Varr. *rust.* 2.2.5-6, 2.3.5, 2.4.4), mentre quando si tratta di schiavi, buoi, cavalli, muli e asini si esprime appositamente solo la promessa per l'assenza di vizi e non per l'evizione (Varr. *rust.* 2.10.5, 2.8, 2.6.3, 2.76): né contro ciò mi pare potersi richiamare la prassi tarda di inserire in *mancipationes* di schiavi talora la *stipulatio duplae* o la *stipulatio simplae* (così,

A sostegno di tale prospettiva, non va taciuto, anzitutto, il legame inscindibilmente biunivoco che crea Gaio tra la *ratio prima* della norma decemvirale sull'*usus* e le *res Mancipi*: dopo aver trattato della duplicità del dominio, quiritario e pretorio (Gai 2.40), infatti, egli cita il precetto decemvirale in questione (Gai 2.42) in rapporto al solo caso, poco prima descritto, di *res Mancipi tradita* (Gai 2.41); e anzi è con la forza avversativa dell'avverbio *ceter[ar]um*⁴¹¹ che il giurista oppone - in seconda battuta - all'ipotesi per cui la *lex* era stata in origine emanata le fattispecie posteriormente riconosciute al testo di tale *lex*, vale a dire - secondo una stessa logica che per il Lenel, invero, ispirò l'estensione

invece, V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., II, 326 ss.) Con i suoi formulari di vendita, Varrone, invero, continua a calamitare l'interesse della dottrina romanistica anche più recente: e ciò, anzitutto, per la preziosità delle informazioni che si possono trarre sia sull'origine del contratto di compravendita in rapporto alla *mancipatio*, sia sulle modalità di perfezione, sia, appunto, sulla tutela del compratore in caso di evizione (con riguardo alla disciplina della *stipulatio habere licere*), oltre che sulle stipulazioni di garanzia annesse all'*emptio venditio*, sulla problematica del passaggio di proprietà e sulla sua eventuale dipendenza dal pagamento del prezzo: tra i contributi più recenti (oltre al classico di P.F. GIRARD, *Les stipulations de garantie*, in *NRHD*, VII, 1883, 541 s.), che prendono in considerazione le peculiarità della cd. vendita varroniana di *res nec Mancipi* (in primo luogo degli *oves* di Varr. *rust.* 2.2.5-6), cfr. L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in L. GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 149 ss.; M. CARBONE, *'Tanti sunt mi emptae? Sunt'. Varr. 'de re rust.' 2.2.5*, in *SDHI*, LXXI, 2005, 387 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in L. GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, cit., 287 ss.; R. ORTU, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in L. GAROFALO (ed.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, cit., ; S. RONCATI, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita dell'età repubblicana*, in *'Minima epigraphica et papyrologica'*, IX, 2006 (=F. Costabile (ed.), *'Studia in honorem M. Amelotti in athenaeo genuensium iuris romani emeriti'*), 86 ss. Ciò detto, va esclusa sicuramente la estensione della *auctoritas* alla *in iure cessio* (come vuole P.E. HUSCHKE, *Ueber das Recht des 'nexum'*, cit., 9 sulla scorta di Gai 2.22, che compara la *mancipatio* alla *in iure cessio*, ma solo sotto il profilo dell'efficacia reale; *contra* A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 142) e soprattutto alla *traditio* (come invece ha sostenuto il De Visscher: tale relazione si giustifica in quanto l'assunto dello studioso belga, che ammette come «chacun sait que la traditio comme telle n'implique aucune forme de garantie», presuppone la condivisione del suo sistema, ampiamente congetturale, fondato, tra l'altro, sull'errata convinzione che *auctoritas* sia non una forma di garanzia, ma una 'proprietà provvisoria': F. DE VISSCHER, *'Auctoritas' et 'mancipium'*, in *SDHI*, II, 1936, 100 ss., nonché in *Id.*, *Nouvelles études*, III, Milano, 1966, 236 ss.).

⁴⁰⁶ Sul punto, va anzitutto messo in luce, che non pare affatto esaustiva la rosa di possibilità avanzata schematicamente dall'Arangio Ruiz, a fronte della

dell'*actio Publiciana*⁴¹² – quelle riguardanti l'acquisto *a non domino* tanto di *res Mancipi* quanto di *res nec Mancipi* (Gai 2.43): ed è, per vero, quest'ultimo, in tutte le fonti ad oggi da me conosciute, il solo caso – come abbiamo visto neppure originario⁴¹³ – di impiego dell'*usus* a cose non del *Mancipium*.

Ancora, dal regime proculiano⁴¹⁴ della *derelictio* di *res Mancipi* (di cui il *derelinquens* rimane *dominus* fino all'usucapione dell'occupante), potrebbe congettzionalmente trarsi un'eco dell'originaria inapplicabilità dell'*usus* alla *pecunia*; così come ciò si potrebbe ricavare dall'istituto dell'*usureceptio*⁴¹⁵, nonché – seppur con meno persuasività – dall'usucapibilità della *manus* sull'*uxor* e

norma decemvirale che prevedrebbe espressamente *usus* e *auctoritas* per i soli *fundi* e *usus* (ma non *auctoritas*) per le *ceterae res*, norma sulla cui scorta, poi, egli ritiene che il sostantivo *auctoritas* sia da riferire pure alle *ceterae res* e che quindi la garanzia (da intendere come «denominazione di ogni obbligazione di garanzia» comune alla *Mancipatio* e alla *tarditio*) «o, speculando sul fatto che nel passo dei *Topica* l'*auctoritas* è ricordata solo in relazione al *fundus* (mentre per le *ceterae res* il termine di un anno è riferito soltanto all'*usus*), si esclude che la garanzia gravasse sul venditore che avesse dato in *Mancipatio* schiavi ed animali: o pensando che nella seconda frase l'*auctoritas* sia stata sottintesa, la si ritiene applicabile a tutte le cose, anche *nec Mancipi*» (V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, cit., 317); e a fronte di tale alternativa lo studioso ritiene «si dovrebbe propendere per la seconda ipotesi»; per una estensione della *auctoritas* anche alle *res nec Mancipi* si è pronunciato pure A.E. GIFFARD, *Le sens du mot 'auctoritas'*, cit., 360 (adducendo, sulla base del certo impiego di *ceterae res* e della necessità di sottintendere *auctoritas* pure per queste, che l'usucapione riguarda pure le *res nec Mancipi*); e con lui L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell' 'auctoritas'*, cit., 381; di contro, F. GALLO, *'Res Mancipi'*, cit., 156, nt. 254, onde contrastare la tesi di De Visscher che ritiene l'*auctoritas* estesa pure alle *res Mancipi traditae*, ritiene che da *Cic. top.* 4.23 non si possa affatto inferire la «equivalenza della sfera di esplicazione dell'*auctoritas* e quella dell'*usus*», ché Cicerone applica ai soli *fundi* l'istituto della *auctoritas* (sicché – a voler condurre ad estreme conseguenze il ragionamento dello studioso, essa non avrebbe a che fare né con le *res nec Mancipi* né, tanto meno, con le *res Mancipi* mobili: il che pare alquanto discutibile); del pari ritiene che il sostantivo *auctoritas* non vada sottinteso (né materialmente aggiunto) con riguardo alle *ceterae res*, M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 382; dubbioso, sul punto, è invece B. ALBANESE, *'Usus auctoritas fundi'*, cit., 502 che con un categorico «ignoriamo tutto», non si pronuncia né sulla portata effettiva di *ceterae res* (pur considerandola autentica) né sulla assenza di *auctoritas* in relazione a queste ultime. Quanto all'ipotesi dell'Arangio Ruiz, essa oblitera ingiustificatamente l'opzione parimenti possibile – e da quanto detto nel testo, anzi più plausibile – secondo cui la distinzione tra *fundi* e *ceterae res* (verisimilmente sia operata entro il *genus 'Mancipia'* (cfr., *ex plurimis*, T. MOMMSEN, *'De auctoritate commentatio'*, cit., 458 ss.; F. DE VISSCHER, *'Auctoritas'*, cit., 100 ss.; G. FRANCIOSI, *'Auctoritas'*, cit., 52 s.; M. KASER, *Altrömisches Eigentum*, cit., 155 s.; T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*, II, cit., 255; D. PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town - Wynberg - Johannesburg, 1972, 1 ss., 40 ss.); quanto al Gallo e all'Humbert, le loro ipotesi implicanti l'obliterazione della *auctoritas* comportano, rispettivamente, la assurda seppur coerente

sulla *nurus*⁴¹⁶, potere che pare, confondendosi nell'originario *mancipium*, precedere l'antitesi *res Mancipi / res nec Mancipi*.

Da ultimo, come spiegare il divieto che Ulpiano e Gaio⁴¹⁷ ci attestano circa la perfezione *sine tutoris auctoritate* di negozi riguardanti le (sole) *res Mancipi* muliebri, alienazione, peraltro, sanzionata con l'iusucapibilità della *res*, quasi fosse stata rubata (Gai 2.47)? Presumere sia che il tutore con la sua *auctoritas* acconsentisse all'acquisto da parte dell'*accipiens*, più che all'alienazione e *parte mulieris*, essendo questa ultima libera dalla *auctoritas* solo circa le *res nec Mancipi* in quanto formanti l'oggetto di rapporti di fatto, sia che l'usucapione non giovasse alle *res nec*

conseguenza (invero implicita) di una garanzia per l'evizione espressa solo - nel termine di due anni - per i beni immobili, e la forzata soluzione secondo cui la norma sull'*usus* sarebbe valida al tempo stesso per le *res Mancipi* diverse dai *fundi*, con la chiamata in causa della *auctoritas* del *mancipio dans* e per quelle *nec Mancipi* che non prevedono *auctoritas*, laddove da una lettura ricomprensiva delle *res nec Mancipi* nelle *ceterae res* e non estensiva esplicitamente dell'*auctoritas* a queste ultime sarebbe coerente ritenere che l'*auctoritas* era istituto decemvirale connesso solo ai *fundi* e non a tutte le *res* oggetto del *mancipium*.

⁴⁰⁷ Cfr., in tal senso, M. LAURIA, 'Usus', 495; F. DE VISSCHER, 'Auctoritas' et 'mancipium', 95 s.; Id., *Individualismo ed evoluzione della proprietà*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 27 ss.; G. FRANCIOSI, 'Auctoritas', cit., 52 (contra, cfr. C. GIOFFREDI, *Diritto e processo*, cit., 250 e nt. 5, 258 e nt. 31, 266; F. GALLO, *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias'*, cit., 222 ss.).

⁴⁰⁸ Cfr., per tutti, F.-J. CASINOS-MORA, 'Auctoritas rerum decemviralis', cit., 69 s.: come si è già detto, tale soluzione non va accolta, peraltro, perché non tiene conto del fatto che la concezione di Tab. 6.3 implica che *usus auctoritas* sia un *quid* prolungato nel tempo, un *quid* che dura due anni (per i fondi) e non un *quid* istantaneo che si ha dopo due anni.

⁴⁰⁹ Cfr., per tutti, L. GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., 141 ss.: tale soluzione, infatti, pare da respingere giacché, da un lato affermando che l'*usus* «era probabilmente da intendersi ... semplicemente come possesso», dall'altro che la norma «prevedeva che l'*usus* della cosa da parte dell'acquirente dovesse essere protetto dall'*auctoritas* del *mancipio dans*» solo entro un certo lasso di tempo, non distingue il caso in cui il *mancipium* sia passato all'avente causa da quello in cui ciò non si sia verificato e pare così omologare le due situazioni all'insegna della comune garanzia del semplice *usus*: il che non tiene conto della efficacia reale del gesto in parola e quindi del fatto che la garanzia per l'evizione si atteggia diversamente rispetto a quella propria dell'*emptio venditio* consensuale. Inoltre, quanto al requisito della buona fede nel dante causa, mi sembra soluzione affatto arbitraria: un dante causa che sa di non essere il proprietario non avrebbe infatti garantito illimitatamente l'avente causa; la garanzia per l'evizione *sine die* era legata, infatti, solo alla natura oggettiva della *res* (rubata) o allo *status* dell'avente causa (peregrino con *commercium*); per tutti gli altri casi la durata della *auctoritas* dipendeva solo dalla natura della *res* (mobiliare o immobiliare).

⁴¹⁰ Quanto alla non necessità, in origine, del *titulus* e della buona fede ai fini dell'usucapione cfr., per tutti, G. DIÓSDY, *Ownership*, cit., 90: ovviamente su ciò si può pienamente consentire, a mente - come è ovvio - dell'esistenza di casi

mancipi potrebbe essere una adeguata risposta. Per quanto sin qui detto, a mio avviso, è altamente probabile che il precetto sull'*usus auctoritas* sia stato tutto concepito in seno ai soli rapporti concernenti il *mancipium*: inoltre, atteso che una distinzione, quale quella ciceroniana tra beni immobili (*fundus - aedes*) e '*ceterae res*'⁴¹⁸ ha il sapore di una dicotomia tutt'altro che antica⁴¹⁹, analoga a quella classica tra *res soli*⁴²⁰ e *mobiles*⁴²¹, oltre alla evidente difformità morfologica (con conseguente asimmetria di struttura) tra il sostantivo *biennium* (riferito espressamente da Cicerone tanto a *usus* quanto ad *auctoritas*), che è parte di una espressione «talmente singolare da indurre a pensare che si tratti di struttura

di oggettiva inusucapibilità (come per l'ipotesi di *subreptio*).

⁴¹¹ Correzione pacifica: B. ALBANESE, '*Usus auctoritas fundi*', cit., 485, nt.

14.

⁴¹² O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, § 60, che pensa, appunto, che con l'*actio* in parola, sulla scorta di Gai 4.36, solo in un secondo momento si andarono a difendere gli acquisti a non domino (diversa la *conceptio* proposta da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999, 46 e ntt. 78 s., che tiene conto anche della tutela publiciana di acquisti di *res nec Mancipi* e di *res Mancipi Mancipio acceptae*).

⁴¹³ Inconsistenti alla luce del dettato gaiano mi appaiono, quindi, i rilievi contrari di P. COLLINET, *De la possession des meubles*, in *Mélanges Fournier*, Paris, 1929, 77 ss. (che ritiene, senza motivare, l'ipotesi dell'acquisto a non domino il primo storicamente emerso), e di E. BETTI, *La 'vindicatio' romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto romano e nel processo*, in *Il Filangieri*, XXXIX.3, 1915, 334 (che ipotizza, ma mi sembra senza veri fondamenti, quale prima funzione dell'*usus* quella di sanare i vizi di un acquisto illecito).

⁴¹⁴ D. 41.7.2.1; D. 45.3.36.

⁴¹⁵ Gai 2.59.

⁴¹⁶ Gai 1.111.

⁴¹⁷ Tit. Ulp. 11.27; Gai 1.192, 2.47, 2.80.

⁴¹⁸ Si pronunciano per la genuinità del dettato ciceroniano circa la presenza nel codice dei decemviri di *ceterae res*: M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 382; B. ALBANESE, '*Usus auctoritas fundi*', cit., 484; M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 22 ss.; dubbi vengono avanzati da T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*, I, 228 ss. e da M. KASER, *Altrömisches Eigentum*, cit., 126, nt. 22; tuttavia quanto al tratto riguardante le *ceterae res* e contenente l'aggettivo *annuus*, peraltro, lo stesso Albanese è costretto a concedere «una modificazione consapevole operata dallo stesso Cicerone» e ad ammettere che l'oratore stia qui svolgendo «un discorso un po' meno strettamente riferito al testo decemvirale» (B. ALBANESE, '*Usus auctoritas fundi*', cit., 486); parimenti, V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, cit., 317, dubita dell'autenticità - quanto meno formale - del tratto in questione.

⁴¹⁹ F. GALLO, '*Res Mancipi*', cit., 197 ss.

⁴²⁰ Gai 2.54, 2.59, 2.204; D. 45.16.1.4; D. 7.1.7 pr.-1

⁴²¹ Gai 2.42.

arcaica»⁴²², e l'aggettivo *annuus*⁴²³: indizi sicuri, amio credere, di un rimaneggiamento del relativo tratto decemvirale, che assai poco credibilmente conteneva qualche formale accenno alle *ceterae res* e all'aggettivo *annuus*.

Tutto ciò, ovviamente, comporta, per necessità di interna coerenza al sistema, che pure la disposizione sulla inusucapibilità delle *res furtivae*, o più precisamente, secondo il mio convincimento (giusta la lettura coordinata di Gell. 17.7.12; Gai 2.45; Gai 2.49; D. 41.3.4.6; D. 41.3.33; I. 2.6.2, Theoph. Par. 2.6.2)⁴²⁴, che pure il *carmen* decemvirale che 'presupponeva' il

⁴²² B. ALBANESE, 'Usus auctoritas fundi', cit., 486.

⁴²³ Cfr. T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*, I, cit., 234.

⁴²⁴ Circa la inusucapibilità delle *res furtivae*, essa si atteggia come oggetto di un principio omologo a quella e *latere hostium*: qui per ragioni oggettive, lì per ragioni soggettive, l'acquirente (e per il primo caso, in generale, il ladro) non può divenire proprietario. Secondo la interpretazione di Huvelin (per vero già esplicitata da G. HUMBERT, voce *auctor*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de C. Daremberg et E. Saglio*, Paris, 1877, 544), la prima disposizione, Tab. 6.4, sulla '*aeterna auctoritas adversus hostem*' (Cic. *off.* 1.12.37) va interpretata come la sanzione decemvirale della 'proprietà eterna' che il cittadino romano può vantare sempre e comunque contro il non romano (presupponente, così, il divieto di usucapione da parte dell'*hostis*, da intendere ovviamente come straniero (Servio Dan. in *Aen.* 4.424: *Inde nostri 'hostes' pro hospitibus dixerunt: nam inimici perduelles dicebantur*; e Paul.-Fest. voce *hostis* (91 Lindsay): *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio.*: A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *hostis*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*⁴, Paris, 1967, 301 ; cfr. H. EHLERS, voce *hostis*, in *Thesaurus Linguae Latinae*, VI.2, 1934, coll. 3061 ss.; A. WALDE - J.B. HOFMANN, voce *hostis*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Heidelberg, 1938, 662 s.) e parimenti la disposizione della *lex Atinia* (Gell. 17.7.12), da collocare nel secondo secolo a.C. (M. FRUNZIO GIANICOLI, *La 'lex Atinia de rebus subreptis': un'ipotesi sulla datazione*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 259 ss.) sanzionante la '*aeterna auctoritas eius quod subreptum est*' (cfr., per la ricostruzione della *conceptio verborum* della *lex*, H. NIEDERLAENDER, *Die Entwicklung des 'furtum' und seine etymologyschesn Abteilung*, in *ZSS*, LXII, 1950, 190; cfr., altresì, B. ALBANESE, *Un problema in tema di 'lex Atinia'*, in *Studi G. Salemi*, Milano 1961, 28 ss.; Id., *Contributo alla storia dell'interpretazione della 'lex Atinia'*, in *Labeo*, XII, 1966, 19), una volta identificata con una *lex* delle XII Tavole (Tab. 8.17: cfr., per una congetturale ricostruzione del *carmen*, M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 397) sulla inusucapibilità delle *res furtivae* (Gai 2.45; Gai 2.49; D. 41.3.33; D. 41.3.4.6; I. 2.6.2), viene interpretata come riguardante la perenne autorità del «volé» sopra «la chose dérobée» e l'*aeterna auctoritas* come sinonimo di inusucapibilità delle cose rubate (cfr., sul punto, P. HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum'*, cit., 282; H. LEVY BRUHL, *Nouvelles études*, cit., 25; A.E. GIFFARD, *Le sens du mot 'auctoritas'*, cit., 349; J. ROUSSIER, '*Ius auctoritatis*', cit., 234). In proposito va segnalato che, atteso che nei quattro luoghi succitati (Tab. 6.3, 6.4, *lex Atinia*, nonché Tab. 8.17) il segno *auctoritas* non può avere significati differenti (vd., in tal senso, per tutti, F. LEIFER, *Altrömische Studien IV. Mancipium und auctoritas*, cit., 130), è congettura

divieto *erga omnes* di *usucapere* 'id quod subruptum est'⁴²⁵, disciplinando in modo espresso, invece, esclusivamente il caso specifico di chi *mancipio accipisset bona fide* un *quid* mobile furtivo (tanto animale, quanto reale, quanto umano)⁴²⁶, attraverso la previsione a suo vantaggio di una *auctoritas sine die* da parte del *mancipio dans*⁴²⁷, ladro o anche avente causa del ladro (al pari di quanto nel secondo secolo avrebbe poi previsto la *lex Atinia*, seppur limitando attraverso l'introduzione della *reversio* il pregresso principio della oggettiva inusucapibilità con riguardo, ovviamente, ora pure alle *res nec Mancipi*), avesse un senso solo se il *furtum* avesse avuto ad oggetto beni o persone del

antica e - a mio giudizio - fededegna quella che vede la disposizione della *lex Atinia* sull'*auctoritas sine die* nel caso di *mancipatio* di *aliquid subreptum* come riprodotiva dei *verba* decemvirali (come meglio si dirà *infra*): in tal senso, cfr., da ultimi, B. ALBANESE, '*Usus auctoritas fundi*', cit., 497; M. HUMBERT, *Il valore semantico*, cit., 393 ss.; *contra*, invece, si è espresso G. FRANCIOSI, '*Auctoritas*', cit., 27 ss., che parte dal corretto presupposto della negazione della sinonimia tra 'divieto di usucapione' ed '*aeterna auctoritas*' (sinonimia che, se accolta, condurrebbe a ritenere l'interprete che i Romani impiegarono circa duecento anni a fissare definitivamente il principio della perenne conservazione al derubato del diritto di proprietà (così, giustamente, P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 50), ma ritiene che la correlatività tra i due principi in relazione alla ipotesi di refurtiva mancipata - nel senso che il secondo fosse stato corollario del primo - fosse stata formalizzata solo con la *lex Atinia*, giacché il divieto di usucapione in generale sarebbe stato espressamente previsto dal codice decemvirale, laddove la *lex Atinia* avrebbe appunto introdotto *ex novo* la regola della *aeterna auctoritas*, ribadendo, come presupposto, l'antico divieto: nella sua ricostruzione, cioè, dal quinto secolo sino al secondo secolo a.C. la *mancipatio* di *res furtiva* avrebbe comportato sempre e solo, giusta Tab. 6.3, una garanzia per l'acquirente non *sine die*, ma secondo il limite temporale di un anno (previsto per i mobili): il che va escluso, a mio credere, in quanto, se è vero che ritenere equivalenti *aeterna auctoritas* e divieto di usucapione di *res furtivae* significa credere che il senno giuridico dei Romani abbia impiegato duecento e forse più anni per render sicuro il principio che il proprietario conserva il suo diritto sulla cosa rubata (così, sulla scorta di Voci, G. FRANCIOSI, '*Auctoritas*', cit., 28, nt. 130), altrettanto vero è che aderire alla tesi del Franciosi (che riprende il pensiero di B. KÜBLER, *Geschichte der römischen Rechts*, Leipzig - Erlangen, 1925, 160 e nt. 2) significa accettare che il senno dei Romani abbia impiegato duecento o più anni per percepire la iniquità del limite cronologico della *auctoritas* in caso di *mancipatio* di *res furtiva* (in senso critico verso la comune interpretazione del rapporto tre XII Tavole e *lex Atinia*, è anche D. PUGSLEY, *The misinterpretation of the 'Lex Atinia'*, in *RIDA*, XVII, 1970, 260). Errato, a mio modo di vedere, è tanto sovrapporre logicamente i due principi, quanto, una volta dopo averli separati concettualmente, non sovrapporli cronologicamente, ritenendo che, formalizzato nel quinto secolo il primo (*usucapi res furtivas prohibetur*), la correlazione con il secondo (*eius quod subreptum est auctoritas aeterna*) sia stata consacrata solo nel secondo secolo. Mi pare degno da segnalare, inoltre, contro l'approccio che vede nell'*auctoritas* delle disposizioni in esame la proprietà o, comunque, un potere (rispettivamente del cittadino romano contro lo straniero ovvero del derubato contro ladri e aventi causa del ladro), quanto segue: anzitutto

mancipium, ché per tutti gli altri elementi reali – non oggetto di *mancipium*, non trasmissibili *mancipio*, non usucapibili, non garantiti con *auctoritas* – il problema non avrebbe potuto neppure contemplarsi (sebbene il regime di tali elementi esuberanti il potere unitario del *pater* sia, in effetti, solo altamente congetturabile⁴²⁸).

Quiriti e ordinamento romuleo

Che *quirites* non sia un 'etnico puro' risulta, a mio modo di vedere, sia dalla etimologia del sostantivo in oggetto che esclude

infondata è la interpretazione del decemvirale *adversus* nel senso di 'contro', che ha invece come primo significato quello, neutro, e non ostile, di 'nei confronti di' (cfr., in merito, le chiare notazioni di B. ALBANESE, '*Usus auctoritas fundi*', cit., 494 s., in critica pure alla tesi di M. KASER, *Altrömisches Eigentum*, cit., 140 ss., che ritiene la *auctoritas* come la posizione di vantaggio contro il peregrino propria del *civis*, tanto attore, quanto convenuto in rivendica), sicché, di conseguenza, privo di senso è, altresì, il significato di 'potere', 'proprietà eterna' o come vuole A. MAGDELAIN, '*Auctoritas rerum*', cit., 141 ss., 'titre éternel' (a favore del derubato o del cittadino) attribuito ad *auctoritas*, a voler tacere per altro il rilievo della inutilità più completa di una disposizione che attesterebbe l'ovvietà più ovvia, ossia che il potere (diciamo pure dominicale) di un cittadino su una cosa è perenne contro i peregrini che avessero in qualche modo acquisito detta cosa (cfr., anche B. ALBANESE, *Sull'intervento dell' 'auctor', nella 'l.a. sacramento in rem'*, in *Labeo*, XLI, 1995, 341 ss.); in secondo luogo, quanto a Tab. 8.17 e alla *lex Atinia*, se si concorda sulla tesi che vuole quest'ultima legge riprodotiva, anche verbalmente, della disposizione decemvirale, mi pare da puntualizzare che non è corretto parlare di sinonimia tra *auctoritas* e divieto di usucapione, in quanto ad essere precisi la *auctoritas* presuppone il (ma non si identifica nel) divieto di usucapire le *res furtivae* (distinguono i due principi: O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 407; M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, cit., 207; F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, cit., 186 ss.; P. NOAILLES, '*Fas' et 'ius'*', cit., 230, 281; P. VOICI, *Modi d'acquisto*, cit., 50; G. FRANCIOSI, '*Auctoritas*', cit., 27 ss.). Alla luce di tali dati, e a mente del rilievo che sarebbe stata inutile una mera riproduzione nella *lex Atinia* di Tab. 8.17, credo che sia da scartare, in quanto priva di seri appigli la congettura secondo cui il codice decemvirale avrebbe limitato il divieto di usucapione al *fur* (nel senso che sarebbe solo questi e non suoi eventuali aventi causa a non poter usucapire), mentre con la *lex Atinia* esso si sarebbe esteso anche agli acquirenti (T. MOMMSEN, '*De auctoritate commentatio*', cit., 458 ss.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, cit., 120, nt. 29; R. BÖHR, *Das Verbot des eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchregelforschung*, München, 2002, 80, nt. 244): le fonti sopraccitate, infatti, sono esplicite sul punto nel dire che con le XII tavole usucapire le cose rubate *prohibitum est*, senza alcuna puntualizzazione circa il destinatario del divieto e senza la previsione di limiti ulteriori (vd., in tema, M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 95 ss.). Così, priva di fondamento è l'ipotetica inserzione di '*adversus furem*' nella disposizione in Tab. 8.17 (si da creare un parallelo con Tab. 6.4), oltre che per quanto testé detto, anche perché ciò significherebbe che 'a favore del ladro' la garanzia è eterna (D. DAUBE, '*Furtum proprium' and 'furtum improprium'*, in *Cambridge Law Journal*, VI,

qualsivoglia rapporto sia con l'*hasta* sabina sia con la città di Cures, sia dalla scarsa persuasività di quella scuola di pensiero secondo cui *populus Romanus* e *Quirites* sarebbero membri formulaici di una coppia riflettente il sinecismo romano-sabino delle origini: con riguardo alla variante *Populus Romanus Quiritium*, invero, essa, come è stato acutamente sottolineato, «elimina semplicemente l'ipotesi sabina in quanto il *populus Romanus* non può essere incluso nei *cives* di Cures» (ovvero nei sabini portatori di *hasta*), così come la stessa formula *Populus Romanus Quirites* milita contro tale intendimento di *Quirites*, giacché i due termini (*Populus Romanus* + *Quirites*) vanno considerati come – sulla base di una

1937, 217 ss.). Ora noi sappiamo, da una parte, che le dodici tavole avevano vietato ora pare 'tout court', ora pare solo con riguardo a chi *bona fide emerit* da un ladro, l'usucapione delle cd. *res furtivae*, seppur nulla si dice circa la presenza in tale *carmen* del segno *auctoritas* e nulla si dice circa la *lex Atinia* (Gai 2.45; Gai 2.49), dall'altra, che la *lex Atinia* aveva vietato, al pari del codice decemvirale, l'usucapione (D. 41.3.33; D. 41.3.4.6; l. 2.62), stabilendo il principio della *auctoritas aeterna* (Gell. 17.7.12). I due dati possono conciliarsi senza pensare a sterili ripetizioni, in questo modo: in verità, né la *lex Atinia*, né le XII Tavole, in forza di una tradizionale e pacifica brachilogia tesa a evitare il superfluo e il non contestato, espressamente sancivano il 'divieto di usucapione' delle cose rubate tanto del *fur* quanto degli aventi causa del *fur* (come, del resto, non sancivano espressamente neppure il divieto di usucapione dello straniero), tanto che lo stesso Gaio ci informa che '*vulgo dicitur*' circa tale divieto decemvirale, e non dice affatto che detto divieto è effettivamente regolato nel codice. In altre parole ritengo che esso fosse *in re ipsa*: cfr., in questo senso, in particolare, P. BELOVSKY, '*Usucapio*' of stolen things and slave children, in *RIDA*, XLIX, 2002, 58, che con riguardo a Gai 2.45 afferma che «the incapacity of the thief of usucapì is obvious», sicché pure Tab. 8.17 si sarebbe riferita espressamente «to the acquirer of stolen goods who acts *bona fide*»; in generale M. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, cit., 104, che discorre di «carattere ellittico» corrispondente al carattere ellittico «della normazione la quale in molti punti, diviene ... implicita». Le disposizioni di Tab. 8.17 e della *lex Atinia* presupponevano quindi il divieto, ossia lo sanzionavano implicitamente, dando corpo, invece, in modo esplicito solo alla disposizione particolare sulla *aeternitas* della garanzia (*contra*, vd., da ultimo, M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furto. Genesi sviluppi vicende*, Napoli, 2008, 318, che pensa che «il divieto di usucapire le cose ... derubate sarebbe stato regolato dalla legge delle XII Tavole e dalla successiva *lex Atinia*»). Il caso astrattamente contemplato e sotteso all'ellittica prosa ritmica dei decemviri era quello dell'avente causa anche in buona fede (a) di un *fur* (c) in una *mancipatio* di *res furtiva*: il *mancipio accipiens*, qualora fosse stato convenuto in un giudizio di rivendica da parte di chi (b) vantava il *mancipium* del *quid* a lui *subreptum*, senza limiti di tempo veniva garantito dalla *auctoritas* dello stesso *fur* dante causa, o da chi (d), diverso dal *fur*, invero gli avesse comunque mancipato la *res furtiva*: una situazione, quella prevista, ben diversa da quella della banalità della sanzione del potere *sine die* del derubato come preteso da molti (cfr. per quella che pare la più puntuale ricostruzione in tal senso, A.E. GIFFARD, *Le sens du mot 'auctoritas'*, cit., 349; A. MAGDELAIN, '*Auctoritas rerum*', cit., 141 ss.). Come sappiamo, il peregrino non poteva usucapire *res Mancipi* e *nec Mancipi* per

comparazione con formule parallele e contestuali⁴²⁹ – omogenei e, pertanto, «riferentisi alla medesima comunità»⁴³⁰.

Tuttavia che Quirites, come pure è stato sostenuto⁴³¹, sia sinonimo di Romani, mi pare da escludere, giusta la triplice testimonianza rinvenibile nell'opera di Livio che – seppure esplicativa di un pensiero personale dello storico patavino e, pertanto, non necessariamente altoarcaico – milita con forza contro detto assunto. In primo luogo, in relazione all'episodio (avvenuto nell'anno 390 a.C., durante l'invasione dei Galli) della *devotio*⁴³², pronunciante la formula il pontefice M. Folio, dei vecchi magistrati e senatori Romani: essi – si narra – che *se devovisse pro patria*

ragioni di carattere soggettivo che lo escludevano dal *ius proprium Romanorum*, benché egli ben potesse far parte di *mancipatio* se dotato di *commercium* (Gai 2.65, Tit. Ulp. 19.4; Cic. *off.* 3.29.107; Serv. *ad aen.* 2.424; Plaut. *mil.* 2.50.4; Liv. 8.14.10: cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, Napoli, 1960, 15; P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 48; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, II, cit., 313; M. LAURIA, *'Possessiones'. Età repubblicana*², Napoli, 1957, 15; M. KASER, *Neue Studien*, cit., 155 ss.; C.S. TOMULESCU, *Le droit romain dans les triptyques de Transylvanie. Les actes de vente et de mancipation*, in *RIDA*, XVIII, 1971, 691 ss.) e convenuto in giudizio per rivendica potesse essere estromesso giusta la *auctoritas* da parte del suo avente causa (cfr., sulla legittimazione passiva dello straniero nel processo di rivendica, benché alcuni dubbi mi suscitino la conclusione che anche un *peregrinus* potesse affermare *'meum esse ex iure Quiritium'*, L. GAGLIARDI, *'Decemviri' e 'centumviri'. Origini e competenze*, Milano, 2002, 449 ss.). Del pari, ma per ragioni ora oggettive, né il ladro né un suo avente causa poteva usucapire la *res furtiva*: donde gli espliciti *carmina* decemvirali *ad hoc* concepiti dai decemviri, pur nella convinzione di questi ultimi della non necessità di una formalizzazione del divieto sotteso (in quanto ovvio). La *lex Atinia*, peraltro, riproduttiva sostanzialmente e formalmente di Tab. 8.17, non si sarebbe limitata a riscrivere quest'ultimo *carmen* con una *'blosse Wiederholung'* (cfr. A. PERNICE, *'Labeo'. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, 338; *contra* cfr. U. VON LÜBTOW, *Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der lex Atinia*, in *Festschrift F. Schulz*, Weimar, 1951, 264), ma ne avrebbe innovato il regime, attraverso una limitazione, ossia attraverso l'introduzione della cd. *purgatio furtivitatis* nel caso di *reversio in potestatem domini* (D. 50.16.215; D. 41.3.4.6): in questi casi la eternità della *auctoritas*, e, a *fortiori*, dell'inespressa inusucapibilità, veniva meno di modo che si temperasse il regime della inusucapibilità contemplata già nel codice duodecimtabulare come qualità ontologica del *subreptum* (cfr. U. KRENZ, *Der Besitzerwerb 'per procuratorem'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 347; G. NICOSIA, *Acquisto del possesso 'per procuratorem' e 'reversio in potestatem domini' delle 'res furtivae'*, in *Iura*, XI, 1960, 189 ss.; J.A.C. THOMAS, *The Theftous Pledgor and the 'Lex Atinia'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 395 ss.; L. VACCA, voce *Usucapione*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 992, nt. 8; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di 'furtum'. 'Qui sciens indebitum accipit'*, Milano, 2006, 46 s.). In tema, alla luce di quanto già detto contro il suo pensiero circa Tab. 6.3, non va seguito il sistema fortemente fantasioso (così P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 282) di De Visscher, il quale, circa Tab. 6.4, pensa ad una situazione di tal fatta: il cittadino ha perso in qualche modo il possesso di una *res Mancipi* ad opera di uno straniero prima che si compisse l'*usus* (usucapione), sicché detto cittadino

*Quiritibusque Romanis*⁴³³. Si tratta di una trasposizione liviana della formula della *devotio* che, invece, viene riprodotta fedelmente con riguardo all'episodio di Decio Mure (del 340 a.C.)⁴³⁴: qui compare per ben tre volte la formula 'totalizzante' *populus Romanus Quiritium*, di cui *patria Quiritesque Romani* è sicuramente parafrasi ammodernante liviana (ovvero, in ipotesi, anche della sua fonte). Palese mi pare che, in detta resa liviana, si concepisca (o comunque si voglia frammentare e ricomporre) la arcaica formula bimembre come sintomatica di una unica realtà (un *totum*) indicata con la giustapposizione di due espressioni entrambe totalizzanti (o meglio si voglia descrivere la medesima realtà vista sotto due

potrebbe ricorrere solo ad un titolo privato non definitivo quale l'*auctoritas*; similmente, quanto alla *lex Atinia* (e a Tab. 8.17) ritiene che l'*auctoritas* sia stata stabilita per l'ipotesi in cui il cittadino non avesse ancora usucapito (F. DE VISSCHER, *Nouvelles études*, cit., 158 ss, 181 ss.). Indecifrabile, entro la cornice della sua informata trattazione di tali argomenti, mi è parso sovente il pensiero di Fenocchio il quale pare aderire prima alla ricostruzione di Humbert (considerando *auctoritas* quale garanzia), poi a quella di Magdelain (che, invece, rende *auctoritas* con 'titolo universale'); egli, inoltre, fa propria, quanto alla problematica della *reversio*, la tesi eterodossa di Gallo circa il significato di *potestas* (da intendersi come 'signoria'), per poi parlare, secondo la *communis opinio*, di semplice 'disponibilità' (M.A. FENOCCIO, *Sulle tracce del delitto di furto*, cit. 299 ss.).

⁴²⁵ Cfr., sull'impiego preferibile a *res furtivae* di *subruptum*, P. HUVELIN, *Etudes sur le 'furtum'*, cit., 271; H. NIEDERLAENDER, *Die Entwicklung des 'furtum'*, cit., 190; P. STEIN, 'Lex Atinia', in *Athenaeum*, LXII, 1984, 597. Non è comunque dal verbo *subripere*, ma dalla concordanza sul punto delle fonti, che si può inferire che il *furtum* primevo avesse ad oggetto non solo res ma anche persone (cfr., invece, in tal senso, F. GALLO, 'Potestas', cit., 56).

⁴²⁶ F. GALLO, 'Potestas', cit., 56.

⁴²⁷ Cfr., con la solita magistrale chiarezza, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 422, che seppur non si pronuncia circa la mera presupposizione del divieto di usucapione (da me creduta), ritiene - come io ritengo - che non esistano «seri motivi per escludere che già i Decemviri avessero sancito un'inidoneità oggettiva, la quale impediva l'usucapione di qualsiasi ulteriore acquirente (nonostante che questo avesse acquistato *ex iusta causa* ed in buona fede)».

⁴²⁸ Cfr. P. VOCI, *Modi d'acquisto*, cit., 282.

⁴²⁹ Cfr. Gell. 15.4.1; Liv. 1.32.11 ss.

⁴³⁰ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 246.

⁴³¹ A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, cit.,

⁴³² Per la *devotio* cfr., in particolare: L.G. GYRALDUS, *Historiae Deorum Gentilium*, Basileae, 1548, 696 s.; A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes de l'ancienne Rome*, cit., 160 ss.; V. BASANOFF, *Deuotio de M. Curtius eques*, in *Latomus*, VIII, 1949, 31 ss.; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 312 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München, 1960, 125 s., 203 s.; G. DUMÉZIL, *La religion romaine archaïque*, cit., 108 ss.; H.S. VERSNEL, *Two Types of Roman devotio*, in *Mnemosyne*, XXIX, 1976, 365 ss.; C. BENNETT PASCAL, *The Dubious Devotion of Turnus*, in *Transactions of the American Philological Association*, CXX, 1990, 251 ss.; J. RÜPKE, 'Domi militiae'. *Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom*, Stuttgart, 1990, 156 ss.; L. SACCO, 'Devotio', in *Studi Romani*, LII, 2004, 312 ss.

diverse prospettive), essendovi da un lato la patria (ossia la *res publica*, verisimilmente da intendere 'tout court') e, dall'altra, i singoli quiriti romani (quali atomi in cui si distribuisce di cui è formata la *testé* menzionata *res publica*).

Analogamente, del resto, si atpeggia lo scioglimento alternativo della formula *testé* citata, ancora una volta esclusivamente liviano, in *populus romanus Quiritesque*⁴³⁵: non si indica, infatti, in questo caso, il popolo Romano [formato] di quiriti (totalità - parte) ovvero il popolo Romano [facente parte] dei quiriti (parte - totalità), ma pleonasticamente il medesimo tutto visto sia 'dall'alto' (come unità) sia 'dal basso' (come somma del molteplice), con la sola differenza che in tale ultima trasposizione è il termine generale ad essere aggettivato con *Romanus*, laddove nel primo sono le *partes* del tutto a essere indicate come romane⁴³⁶.

Sempre al di fuori di formule in Livio troviamo due ulteriori esempi in cui lo storico patavino dà conto della sua personale concezione di Quiriti: i quiriti romani sono 'i componenti dell'esercito', nelle parole di Sempronio Bleso, accusatore del console Fulvio per la perdita - appunto - dell'esercito in Apulia⁴³⁷. Infine, *apud Quirites Romanos*, ad avviso di M. Servilio, dovrebbe prendere parola Servio Sulpicio Galba circa la sua ritrosia a concedere il trionfo al vincitore di Pidna⁴³⁸.

Livio, dunque, da un lato non percepisce affatto Romani e Quiriti come realtà (etniche) equivalenti e sovrapponibili, né, dall'altro, qualifica mediante etnico (*Romanus*) un sostantivo comune (*Quirites*) sempre equipollente a *cives*: quiriti sono ora tutti i membri del popolo, senza distinzioni di sesso ed età (Liv. 5.41.3), ora i soli attuali *militēs* dell'esercito, ossia i cittadini maschi puberi effettivamente in armi (Liv. 26.2.11), ora i *cives* radunati in assemblea (Liv. 45.37.8-9), ossia i maschi puberi (solo) atti alle armi. Indi, attesa la polisemia che *quirites* ha nei *libri ab Urbe condita*, il solo dato certo che possiamo evincere è la non sinonimia (almeno liviana) tra romani e quiriti e l'impiego (almeno liviano) di quest'ultimo sostantivo come 'comune' e non come 'etnico puro'.

⁴³³ Liv. 5.41.3

⁴³⁴ Liv. 8.9.7-8; cfr., altresì, Liv. 10.28.14, 8.6.14.

⁴³⁵ Liv. 8.6.14.

⁴³⁶ Il che significa, a mio modo di intendere, sicuramente traviare da parte di Livio il significato originario delle due formule PRQ-ium e PRQ-es: entrambe infatti indicano sì una totalità, ma questa risulta solo dalla formula nel suo insieme e nella sua completezza, e non già da ogni singolo termine che la compone.

⁴³⁷ Liv. 26.2.11.

⁴³⁸ Liv. 45.37.8-9.

Altri dati, invero, inducono a guardare, a mio giudizio, con particolare scetticismo a un possibile indirizzo tendente a voler rendere equipollenti, all'insegna della razza, romani e quiriti. Sono se non numerose comunque assai eloquenti le fonti che, infatti, attestano la 'non etnicità' e la 'non romanità' del nome *Quirites*. Nel Tieste di Seneca si impiega *Quirites*, appunto, per indicare gli abitanti di Micene in epoca eroica⁴³⁹; Apuleio per bocca di Telifrone, nelle *Metamorfosi*, racconta di un parente di un uomo ucciso dalla propria moglie che apostrofa con il vocativo *Quirites* gli abitanti di Larissa, città della Tessalia, chiamati a render giustizia dell'omicidio⁴⁴⁰. Sempre in Apuleio, di poi, il cittadino di Hypata che accusa Lucio per omicidio si rivolge al tribunale popolare con un solenne '*quirites sanctissimi*'⁴⁴¹; e *quirites* anche il protagonista del romanzo chiama i giudici hypatensi⁴⁴². Da ultimo Virgilio, nelle *Georgiche*, riprendendo la metafora di Varrone secondo cui *apes non sunt solitaria natura, ut aquilae, sed homines*⁴⁴³, descrive queste ultime come dei piccoli *Quirites*⁴⁴⁴, ossia verisimilmente come piccoli (ma effettivi) membri di un *populus* (da intendere anzitutto come esercito)⁴⁴⁵, ma solo se *rege incolumi mens*

⁴³⁹ Sen. *Thyeste* 396-397 (ed. Hermann).

⁴⁴⁰ Apul. *metamorph.* 2.27.

⁴⁴¹ Apul. *metamorph.* 3.3.

⁴⁴² Apul. *metamorph.* 3.5; si può prescindere sicuramente da Apul. *metamorph.* 8.29, ove Lucio, trasformato in asino, invece di sbottare in un '*porro Quirites*', non riesce a far altro che ragliare: qui, verisimilmente, l'impiego del nostro sostantivo è parte di una espressione gergale comune (cfr. Macr. 2.7.4).

⁴⁴³ Varr. *rust.* 3.16.4.

⁴⁴⁴ Verg. *georg.* 4.201; 4.212 ss.

⁴⁴⁵ Plut. *Lyc.* 25.5; Plin. *nat. hist.* 11.20 ss. La parola tecnica per designare il popolo in latino, è *populus*: l'etimologia non è sicura, ma due sono le fondamentali ipotesi: la prima, fedele alla credenza di un etimo indoeuropeo, vede nel *populus* la «moltitudine» (cfr., sul punto, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 3, nt. 2; R. STARK, *Stark, Res publica*, Gottingen 1937, 9; J. BINDER, *Die 'Plebs'*, cit., 156; V. PISANI, *Miscellanea etimologica*, in *RAL*, VI.4, 1928, 356 ss.; U. COLI, '*Regnum*', cit., 60). La seconda lo intende come la «moltitudine degli armati»: molto probabilmente, dall'etrusco **puple* nel significato di 'atto alle armi', se si vuole far propria la ricostruzione di C. DE SIMONE, *L'aspetto linguistico*, in C. M. STIBBE, G. COLONNA, C. DE SIMONE, H.S. VERSNEL, *Lapis Satricanus. Archaeological, epigraphical, linguistic and historical aspects of the new inscription from Satricum*, Staatsuitgeverij-'s - Gravenhage, 1980, 81, secondo cui l'etrusco **puple* è passato come prestito al latino *poplo-* (cfr. *omni poplo* Pl. Ps. 126; *Poplo Arimenesi* [CIL. 1². 40 (Nemi)]; *popli-fugia*; *Popli-cola*), con il senso all'origine di «gioventù atta alle armi» ('*waffenfähige Jugend*') come risulterebbe ancora sia da *pilomnoe poploe* (Fest. 224 Lindsay; *carmen Saliare*), sia dal termine *magister populi*. Lo stesso significato ha anche l'umbro *poplo-*: da questo valore ('gioventù atta alle armi') si spiegherebbe, meglio che con la radice indoeuropea (cfr. T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 3 nt. 2), il verbo denominativo latino *populare* (-ari) (*de*), significante all'origine 'agire

omnibus una est, giacché diversamente abisso rudere fidem constructaque mell diripere ipsae et gratis solvere favorum.

Anche da tutti questi passi si corrobora l'idea della natura di *Quirites*: in negativo, senza dubbio, emerge la non equipollenza con l'etnico *Romani*, ma in positivo, ancora non è affiorante univocamente un chiaro e puntuale significato che possa portare alla piena condivisione della tesi secondo cui *quirites* sia al contempo sinonimo di *cives* e antonimo di *militēs*.

In relazione alle operazioni quinquennali di *census*, cardine della costituzione romana repubblicana, attorno al quale ruota sia il sistema di composizione dei *comitia centuriata*, sia quello di

come una armata' e quindi 'devastare' (soluzione, questa che, collegando direttamente *populare* con *poplo-* nella sua accezione più antica, parrebbe nettamente da preferire all'ipotesi di un rapporto diretto con l'etrusco **puple*, '*stirps*', che potrebbe essere spiegato sulla base del parallelismo con *estirpare* (; per le connessioni tra la radice 'mediterranea' in oggetto, *Populonia*, (de-)popolari, *Fufluns*, *poplo-*, *Vefiono-*, G. DEVOTO, *Nomi di divinità etrusche*, in *SE*, VI, 1932, 255; *Id.*, *Le Tavole di Gubbio*, Firenze, 1948, 171, ; *Id.*, *Origini indoeuropee*, Firenze, 1962, 319; *Id.*, *Gli antichi italici*, Firenze, 1967, 195 (S.P. THOMAS - P. SKUTSCH, *Zu 'populus' und 'popolor'*, in *Glotta*, III, 1912, 196 ss.; E. BENVENISTE, '*Pubes' et 'publicus'*', in *RPh*, XXIX, 1955, 7 ss.; C. BATTISTI, *Sul nome di Populonia*, in *SE*, XXVII, 1959, 385 ss.; J.P. MOREL, '*Pube presenti in contione, omni poplo'*, in *REL*, XLII, 375 ss.; A. JURET, *Les étymologies de 'basileus', de 'laos' et de 'populus'*, in *REA*, XLII, 1940, 198 ss.). Solo in età preclassica il latino *pop(u)lus* avrebbe assunto il significato di 'appartenente alla comunità', opposto a *privatus* (cfr. SC Bacch.: *neive in poplicod neve in preivatod*). Riprende di recente la nozione U. LUGLI, *Miti velati. La mitologia romana come problema storiografico*, , Genova, 1996, 100; L. ARCELLA, *L'iscrizione di Satrico e il mito di Publio Valerio*, in *SMSR*, XVI, 1992, 219 ss.; G. M. FACCHETTI, *Frammenti di diritto privato etrusco*, Firenze, 2000, 32. *Post Mommsen*, accettano il valore del verbo denominativo latino *populare* nel significato di 'atto alle armi', tra gli altri, E. WÖLFFLIN, *Zur Psychologie der Völker der Altertums*, in *ALL*, VII, 1892, 512; W. PORZIG, '*Senatus populusque Romanus'*, in *Gymnasium*, LXIII; 1956, 323 ss. (che reputa tuttavia difficile metter in relazione *poplu* - *Populonia* - *Fufluns*); A. WALDE - J.B. HOFFMANN, voce '*popolor'*', in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg, 1938, 339; C. BATTISTI, in *SE*. 27 (1959) 399; X. MIGNOT, *Les verbes dénominatifs latins*, Paris, 1969, 377; P. FLOBERT, *Les verbes déponentes latins des origines à Charlemagne*, Paris, 1975, 72 e nt. 2. Questa seconda ipotesi ha riscosso maggiore successo presso storici e storici del diritto, ma in realtà la preferenza per questa ipotesi (come anche per l'altra) è diretta conseguenza delle proposte ricostruttive di maggiore respiro sul periodo arcaico di Roma che si venivano formulando. Nelle aree linguistiche latina ed osco-umbra, i dati di maggiore interesse provengono dalle Tavole iguvine (cfr. G. DEVOTO, *Le Tavole di Gubbio*, Firenze, 1948, 46, sub VI b, 45; VII a, 49), ove *poplo* sembra riferirsi a quella parte della popolazione alla quale sono attribuiti i pieni diritti e doveri (anzitutto militari): *poplo* è l'insieme dei maschi adulti, ora come tale popolazione riunita (senza alcuna valenza di natura etnica o territoriale), in opposizione alla *tota*, ossia tutta la popolazione inclusi donne e bambini (vd. G. DEVOTO, *La città è lo stato degli Umbri*, in *L'Umbria nella storia, nella letteratura*,

accesso alle magistrature, Varrone nel celebre passo delle *tabulae censoriae* ci informa di come al *praeco* venga ordinato dal censore⁴⁴⁶ di chiamare in adunata tutti i *vir*i romani, ossia coloro che - come risulta nella formale convocazione serviana, *censu perfecto*, ossia a termine dell'attività del censimento, di *omnes cives* nel Campo di Marte⁴⁴⁷ - in vista, non tanto di una operazione militare, quanto del rito purificatore della *lustratio*⁴⁴⁸, sono detti '*Quirites omnes*', e vengono indicati specificatamente come *pedites armati privatique*⁴⁴⁹: formula quest'ultima che, invero, prescinde dalla distinzione tra maschi adulti *sui iuris* e *alieni iuris* (benché sia noto che, ovviamente, la dichiarazione al censore fosse

nell'arte, Bologna, 1954, 29 ss.; *Id.*, *Gli antichi italici*³, Firenze, 1967, 224; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*², Torino, 1974, 111 ss.; cfr. anche G. NOCERA, *Il pensiero pubblicistico romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, Milano, 1956, 565). Tre sono nel vocabolario politico romano, quindi, i principali significati di *populus*: quello (parziale e militare) di esercito, quello (totalizzante e civile) di comunità territoriale, quello (parziale e civile) di assemblea (cfr. J. RUBINO, *Über den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*, Cassel, 1839, 233, che reputa opportuno distinguere il concetto di popolo in senso ideale, che coincide con quello di Stato, da quello concreto di popolazione intera e quello - da questo derivante - di assemblea popolare), laddove altamente forzata mi pare l'identificazione empirica tra *populus* e Stato, tuttora non abbandonata: «*der populus Romanus ist praktisch mit dem Staat identisch*» (K.-H. Ziegler, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I, t. 2, Berlin, 1972, 76).

⁴⁴⁶ Vd., sui poteri dei censori, F. CANCELLI, *Studi sui 'censores' e sull' 'arbitratus' della 'lex contractus'*, I, Milano, 1957, 1 ss., P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 395 (che ritiene, sulla scorta del Cancelli, i censori dotati non solo in questo frangente di *imperium*, attesa una cospicua rosa di casi in cui si associa il verbo *imperare* alla attività dei censori); H.S. VERSNEL, '*Triumphus*', cit., 338 ss.; *contra*, cfr. A. MAGDELAIN, *Recherches*, cit., 49.

⁴⁴⁷ Cfr. Liv. 1.44.1. Il riferimento varroniano ai *curatores tribuum* è indice della posteriorità delle formula censoria all'istituzione delle tribù territoriali attribuita a Servio (Fab. Pict. Fr. 9 Pet.²; Liv. 1.43.13; Varr. L.L. 5.45.56; Plin. *nat. hist.* 18.13; Fest. Lindsay 506; Dion. Hal.4.14.1, 4.15.1) Entro la sterminata letteratura che su Servio Tullio si va sempre più accumulando, può ricordarsi: R. THOMSEN, *King Servius Tullius*, Copenhagen, 1980, *passim.*, e con riguardo precipuo al regno di Servio Tullio in Dionisio di Alicarnasso, vd. E. GABBA, *Studi su Dionigi di Alicarnasso*, II, *Il regno di Servio Tullio*, in *Athenaeum*, XXIX, 1961, 98 ss.; *Id.*, *Dionysius and the History of Archaic Rome*, Berkeley, 1991, *passim*; C. NICOLET, *L'idéologie du système centuriate et l'influence de la philosophie grecque à Rome*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Problemi attuali di Scienza e di Cultura*, CCXXI, 1977, 111 ss.; J. CHAMPEAUX, *Le culte de la Fortune à Rome et dans le monde romain*, I, Roma, 1982, 293 ss.; C. GROTTANELLI, *Servio Tullio, Fortuna e l'Oriente*, in *Dialoghi di Archeologia*, V, 1987, 75 ss.; G. VALDITARA, *Aspetti giuridici del regno di Servio Tullio*, in *SDHI*, LII, 1986, 395 ss.; F. COARELLI, *Il Foro Boario*, Roma, 1988, 301 ss.; C. AMPOLO, *Servio Tullio e Dumézil*, in *Opus*, 2, 1983, 391 ss.; sul frammento di Accio e sulla 'democraticità' delle riforme serviane, vd. E. GABBA, *Il Bruto di Accio*, in *Dioniso*,

effettuata personalmente solo dal *pater*)⁴⁵⁰, ma è certo significativa di una collettività (non inclusiva di donne e di maschi non adulti) cui il magistrato si rivolge in un contesto solenne ed istituzionalizzato.

In caso vocativo, accompagnato dall'aggettivo *omnes*, il sostantivo *quirites* si rinviene poi per due volte (e due volte lo troviamo in caso accusativo) nei *commentarii consulares* sempre di Varrone, con riguardo alle operazioni di convocazione da parte dell'araldo dei neonati comizi centuriati⁴⁵¹: la prima fase è quella della *in licium vocatio*⁴⁵², ossia della chiamata in un 'recinto sacro' (giacché *licium* «désigne un *locus licio saeptus*, c'est-à-dire un

XLIII, 1969, 377 ss.; R.T. RIDLEY, *The Enigma of Servius Tullius*, in *Klio*, LVII, 1976, 152; J.-CL. RICHARD, *Recherches sur l'interprétation populaire de la figure du roi Servius Tullius*, in *Revue de Philologie*, LXI, 1987, 205 ss.; cfr., altresì, G. TRAINA, *Il papiro di Servio Tullio*, in *Annali Scuola Norm. Sup. Pisa*, XVII, 1987, 389 ss.; L.A. LEVI, *Servio Tullio nel POxy 2088*, in *Rivista di Filol. e di Istruzione Classica*, XXVI, 1926, 511 ss.; A. PIGANIOL, *Le papyrus de Servius Tullius*, in *Studi in onore di B. Nogara*, Città del Vaticano, 1937, 373 ss. Tra le riforme di Servio in primo luogo va menzionata la creazione del censo, e poi su questa la conseguente creazione dei comizi centuriati (sul censimento attribuito a Servio Tullio, cfr. A. MOMIGLIANO, *Timeo, Fabio Pittore e il primo censimento di Servio Tullio*, in *Miscellanea di studi alessandrini in memoria di A. Rostagni*, Torino, 1963, 180 ss., ora in *Storia di Roma arcaica*, Firenze, 1989, 123 ss.): il *census* rappresenta - a detta di Livio - una istituzione ottima (*censum ... rem saluberrimam tanto fuiuro imperio*), se con la valutazione periodica dei beni di ogni cittadino essa fa in modo che gli oneri della pace e della guerra non siano più distribuiti indiscriminatamente e pariteticamente tra tutti (*viritim*), ma in rapporto proporzionale ai beni posseduti da ciascuno (*pro habitu pecuniarum*). L'innovazione timocratica censitaria di re Servio (per fini militari e forse tributari) comportava, dunque, una distinzione interna al corpo civico a seconda dei *bona* di proprietà e, verisimilmente, fu contestuale all'introduzione regia di una misura di valore, l'asse, secondo una non risalentissima interpretazione della celebre notizia pliniana secondo cui «*Servius rex primus signavit aes*» (Plin. *nat. hist.* 33.43: vd. M.H. CRAWFORD, *La moneta in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 1982, 98; G. NENCI, *Considerazioni sulla storia della monetazione romana in Plinio (Nat. Hist. XXXIII, 42-47)*, in *Athenaeum*, XLVI, 1969, 18 ss., il quale pensava a Varrone come intermediario, mentre S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, II, Roma - Bari, 1983, 511 ss. invece preferiva Bassus o Niger); notizia che, per vero, fino agli anni Sessanta era considerata priva di fondamento, ma che oggi, grazie ai rinvenimenti di Bitalemi (su cui P. ORLANDINI, *Depositi votivi di bronzo premonetale nel santuario di Demetra Thesmophoros a Bitalemi*, in *AHN*, XII-XIV, 1965-1967, 1 ss.; L. BREGLIA, *A proposito dell'aes signatum*, in *AHN cit.*, p. 269 s.) è stata pienamente rivalutata (vd., comunque, R. THOMSEN, *King Servius Tullius*, cit., 206 s., il quale sostiene che «is in view of the predominantly agrarian character of regal Rome no reason for assuming that the basis of the census was *aes rude*»; Id., *From libral «Aes Grave» to uncial «Aes» réduction. The literary tradition and the numismatic évidence*, in *Les dévaluations à Rome*, Roma, 1975, 9). La riforma serviana in parola importò, invero, a Roma più che tendenze isonomiche, la diversità dei cittadini, prima distribuiti nelle curie in base alla nascita: Servio viene detto essere *conditorem omnis in civitate discriminis ordinumque*, ordini

locus inauguratus, donc un *templum* (de même que les *Saepta*, sur le Champ de Mars, constituaient un *templum*»⁴⁵³), in cui il console rivolge all'*accensus* il comando: '*Calpurni voca in licium omnes quirites huc ad me*' e l'*accensus*, a sua volta, si rivolge a *omnes quirites*, intimando loro '*in licium vos ite*⁴⁵⁴ *huc ad iudices*'; indi, riunitisi i *quirites* nel *licium*, inizia la *vocatio ad con(ven)tionem*⁴⁵⁵ nella quale il console ordina sempre all'*accensus* '*Calpurni, voca ad conventionem omnes quirites huc ad me*' e l'*accensus* dice: '*Omnes quirites, ite ad conventionem hunc ad iudices*'; una volta apertasi la *conventio*, ha luogo la *vocatio ad comitiatum*, che prelude alla deliberazione per centurie sicché il magistrato

definiti *intergradus dignitatis fortunaeque* (Liv. 1.42.5): veniva meno, in tal modo, la romulea parità di voto di ogni cittadino caratteristica dei comizi curiati (*viritim eadem vi eodemque iure promisce omnibus*), laddove, dopo le riforme serviane, nell'ambito del corpo civico, si privava al voto del singolo parità di forza e di diritto (quanto alla discussione sul primitivo sistema centuriato e sul número originario delle 'centurie serviane' in rapporto alla *classis* è imprescindibile la lettura di P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano e l'età dell'ordinamento centuriato*, in *Atti del Convegno Nazionale di Studi romani*, III, Roma, 1931, 91 ss; A. MOMIGLIANO, *An Interim Report on the Origins of Rome*, in *JRS*, LIII, 1963, 95 ss; Id., *Storia di Roma arcaica*, cit., 93 ss.; quanto al rapporto con le *classes* politiche, vd. J.-CL. RICHARD, *Classis-infra classem*, in *Revue de Philologie*, LI, 1977, 229 ss.; C. AMPOLO, *La città riformata. Lo spazio, il tempo, il sacro nella nuova realtà urbana*, in A. SOMIGLIANO - A. SCHIAVONE (ed.), *Storia di Roma*, I. Torino, 1988, 222 ss.; G. GENNARO, *I comizi centuriati di Cic. de rep. 2.22.39-40: attribuzione, struttura, giudizio politico*, in *Athenaeum*, LXXXI, 1993, 545 ss.; sui commentari di *Servius Tullius rex* di cui a Liv. 1.60.4 (nonché Fest. voce *pro* 290 Lindsay), vd. U. COLI, *Tribù e centurie dell'antica repubblica romana*, in *SDHI*, XXI; 1955, 181 ss., che, se da un lato reputa il re in questione una 'invenzione', dall'altro ritiene che l'ordinamento centuriato 'repubblicano' non sia il frutto di un processo storico, ma sia sorto «tutto in una volta come ci viene descritto»: ormai non si sarebbe più votato né *viritim* né *promisce*, ma per centurie, di modo che, benché nessuno teoricamente potesse essere escluso dal voto, la maggioranza appartenesse comunque sempre ai *primores*, (*ut neque exclusus quisquam suffragio videretur et vis omnis pènes primores civitatis esset*: Liv. 1.43.10). La dissoluzione del sistema curiato (di quelle trenta curie cui si apparteneva per nascita) viene completata da Servio attraverso la istituzione delle tribù territoriali cui cittadini sono iscritti in base al loro domicilio (sulla critica alla creazione delle 'tribù urbane' da parte di Servio Tullio, cfr. E. PAIS, *Storia di Roma*, I.1, Torino, 1928, 320, nt. 1; Id., *Ancient Legends of Roman History*, London, 1905, 140; G. DE SANCTIS, *Storia*, II, cit., 19 ss; K.J. BELOCH, *Römische Geschichte bis dem Beginn der punischen Kriegen*, Leipzig - Berlin, 1926, 225 ss.; R. THOMSEN, *King Servius Tullius*, cit., 116 ss.; G. J.-CL. RICHARD, *L'œuvre de Servius Tullius: essai de mise au point*, in *RIDA*, LXI, 1983, 187 ss.; A. FRASCHETTI, *Roma e il principe*, Roma - Bari, 1990, 181): solo ora, dopo queste radicali riforme *Servio ausus est ferre ad populum vellent iuberentne se regnare* (Liv. 1.46.1: cfr., sul punto, A. FRASCHETTI, *Servio Tullio e la partizione del corpo civico*, in *Metis*, IX, 1994 129 ss.), per essere eletto con una maggioranza straripante (contro il resoconto di Dion. Hal. 4.8.2, 4.12.3, su cui G. DUMÉZIL, *Servius et la Fortune. Essai sur la fonction sociale de Louange et de Blâme et sur*

comanda *ad exercitum*: 'Impero qua convenit ad comitia centuriata'. Come per il caso pregresso, sempre riferito a età successiva alle riforme di Servio, il significato primo è parzialmente snaturato: ad essere convocati sono i Romani (ai fini della votazione secondo centurie), ma il vocabolo impiegato (*Quirites*) è ancora quello che in sé porta tutto il peso della realtà (e protourbana e postromulea) curiata, seppur tale denominazione non si riferisca ai cittadini già divisi in centurie: per questi ultimi il magistrato accosta, nell'ultima fase, quello di *exercitus urbanus*. Rimane, comunque, l'esclusione di donne e non adulti⁴⁵⁶.

les éléments indo-européens du cens romain, Paris, 1943, *passim*; *Id., Idées romaines*, Paris, 1969, 103 ss.).

⁴⁴⁸ G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, Milano, 2001, 211 ss.; D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica*, cit., 174 ss.; J.V. MELNICIUK, *Alcuni aspetti della cerimonia romana del lustrum*, in *Ius Antiquum*, II.10, 2002, 73 ss. Cfr. Cens. 1.18.13; Horat. *Od.* 4.1.6; Stat. *silv.* 2.6; Paul.-Fest. voce *Lustra* (Lindsay 107); sulla chiamata da parte del sacerdote *adfertur* a Gubbio ai fini di una analoga *lustratio* della *tota*, cfr. U. COLI, *Il diritto pubblico degli Umbri e le Tavole di Gubbio*, Milano, 1958, 47.

⁴⁴⁹ Varr. *L.L.* 6.86; su tale espressione cfr. A.L. PROSDOCIMI, *Il lessico istituzionale italico*, in *Atti del Convegno della società italiana di Glottologia*, Pisa, 1978, 45 ss., che intende *Quirites* come «la comunità e la totalità per eccellenza», e i *pedites* in senso arcaico «cioè l'esercito che può essere in armi o no»; vd., altresì, G. VALDITARA, *Studi*, cit., 231 s. e ntt. 142 (che compara correttamente i *Quirites* alla *tota* iguvina di cui a Tab. Ig. 6 b 61 ss., ma non si avvede che i *pedites armatos privatosque* non sono coloro che debbono fare la *professio bonorum*, ma coloro che l'hanno già fatta in una coi loro *fili* e si presentano, pertanto, solo per la purificazione); più persuasivo, sul punto, G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 150 s. che distingue tra *iuvenes* e *seniores*.

⁴⁵⁰ Cfr., in tema, C. TOYNBEE, *L'eredità di Annibale*, I, Torino, 1981, 605, nt. 96; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, cit., 367; G. PIERI, *L'histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine*, Paris, 1968, 70 s. Cfr., inoltre sulla contrapposizione *duicens* e *improlis*, Fest. voce *duicens* (Lindsay); Liv. 43.14.8; Gell. 5.19.6; Val. Max. 9.72; Filoxen. (FIRA, I, 75, nt. 12).

⁴⁵¹ Varr. *L.L.* 6.88.

⁴⁵² Su *licium* cfr., seppur approssimativamente, A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *lanx*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 347; L. WICKERT, voce *Licium*, in *RE*, XIII.1, Stuttgart, 1926, 505 ss; J. VAAHTERA, *On the religious nature of the place of assembly*, in '*Senatus populusque romanus*'. *Studies in roman republican legislation*, Helsinki, 1991, 112 ss.; Cf. L. R. Taylor, *Roman Voting Assemblies* cit., p. 49; R. WACHTER, *Altlateinische Inschriften. Sprachliche und epigra-phische Untersuchungen zu den Dokumenten bis etwa 150 v. Chr.*, Berne - Frankfurt - New York - Paris, 1987, 69 e nt. 168. Cfr., sul *templum*, F. COARELLI, *Il Foro Romano*, I, cit., 140 ss.; quanto al significato di *vocare populum in licium* sono imprescindibili le considerazioni di L.R. TAYLOR, *Roman Voting assemblies*, cit., 156, nt. 41; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 590; T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 399; E. NORDEN, *Aus altrömischen Priesterbüchern*, Lund - Leipzig, 1939, 194 e nt. 1 (da

Omnes Quirites è locuzione rinvenibile pure in relazione al contenuto della *lex Publia Philonis* (339 a.C.)⁴⁵⁷ e della *lex Hortensia* (286 a.C.)⁴⁵⁸, per indicare (fuori formula), quanto all'*exaequatio* tra *leges publicae* e *plebiscita*, il destinatario dei provvedimenti tanto comiziali quanto conciliari, ossia, con sfumatura affatto diversa rispetto a quelle precedenti (atteso che pare ricomprendere anche chi *ius suffragii* non abbia), l'*universus populus*⁴⁵⁹.

Ma a voler esaminare il solo Tito Livio, delle 95 volte in cui compare *Quirites*, ben 60 sono dei vocativi tesi ad indicare «une collectivité à la quelle on parle» e non «une multitude, un

abbandonare, per tutti questi studiosi, la banale definizione festina di *licium* come *conventio*: Paul-Fest. voce 100 Lindsay); legge, sulla scorta di Varr. *L.L.* 6.94, *vocare inlicium* R.G. KENT, *Varro: on the Latin Language*, cit., 255 ss. (ma non si avvede che in tal modo *vocare* avrebbe addirittura due oggetti: il che è alquanto improbabile). Peraltro, l'antichità della *in licium vocatio* (il termine *licium*, come visto, è frainteso dallo stesso Varrone, che usa la forma *inlicium*), supportata pure dalla forma non contratta *conventionem* in luogo di *contionem* e le reiterazioni tecniche, ben potrebbe far ritenere che le prime due fasi di questo rito siano comuni ai *comitia curiata*.

⁴⁵³ M. HUMM, *Le Comitium du forum romain et la réforme des tribus d'Appius Claudius Caecus*, in *MEFRA*, CXI.2, 1999, 635.

⁴⁵⁴ Leggono *visite* (andare a visitare) P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 100; R. SANTORO, *Il tempo e il luogo*, cit., 300 ss.; A. TRAGLIA, *Un dativo in -ai negli Aratea di Cicerone?*, in *RFIC*, CIX, 1981, 297, nt. 2: ma grammaticalmente allora bisognerebbe sostenere la lettura *inlicium* e non *in licium* (preferibile pure in comparazione con l'analogo *in conventionem*).

⁴⁵⁵ *Contio* deriva da *conventio* «et désigne une réunion publique sous la présidence d'un magistrat, qui a convoqué la population pour lui adresser un discours; mais une décision ne pouvait être prise que par un vote, qui ne pouvait être organisé que dans le cadre des comices ou du concile de la plèbe» (M. HUMM, *Le Comitium du forum romani*, cit., 641, nt. 46): cfr., sul punto, A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *contio*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 1959, 140; G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies*, cit., 139 ss.; P. FRACCARO, *Le procedure del voto nei comizi tributari romani*, in *AAT*, XLIX, 1913-1914, 603; H.H. SCULLARD, *Roman Politics 220-150 B.C.*, Oxford, 1973, 19; E.S. STAVELEY, *Greek and Roman Voting Elections*, cit., 143; L.R. TAYLOR, *Roman Voting Assemblies*, cit., 15 ss.; J. FARRELL, *The Distinction between comitia and concilium*, in *Athenaeum*, LXIV, 1986, 407 ss. (con conclusioni poco persuasive). Dopo la *contio* il magistrato provvedeva a *summovere populum* e ad ordinare al popolo di dividersi in unità votanti (*Discedite, Quirites*: Asc. Or. 70; Liv. su cui J. VAAHTERA, *On the Religious Nature*, cit., 113 e nt. 95 sulla distinzione tra *discedere* e *summovere*). Irrilevante, qui, Ael. Lampr. *Alex Sev.* 54.3, ove il termine *quirites* è impiegato tecnicamente (così, rettamente, A.L. PROSDOCIMI, *PRQ*, II, cit., 250).

⁴⁵⁶ A tale esclusione evidentemente si rifà pure Liv. 25.2.7 (ove si identificano i *quirites* con i cittadini aventi *ius suffragii* attivo); e forse anche Liv. 2.17.7 (ove Valerio Publicola esorta *omnes Quirites* a prendere le armi contro gli occupanti il Camidoglio).

⁴⁵⁷ Liv. 8.12.14.

⁴⁵⁸ Plin. *nat. hist.* 16.37; Gell. 15.27.4.

éparpillment, mais un peuple convoqué, interpellé» ed è, in linea di principio, «par la presidence du magistrat que le *cives* ... deviennent alors *Quirites*»⁴⁶⁰. Due esempi per tutti: quello, di età regia, dell'*interrex* che esorta i quiriti dei *comitia curiata* a eleggere un degno sostituto di Romolo (*tum interrex contione advocata 'Quod bonum, faustum felixque sit' inquit 'Quirites, regem create; ita patribus visum est. Patres deinde, si dignum, qui secundus ab Romulo numeretur, crearit, auctores fient'*⁴⁶¹; e quello, di età repubblicana, dell'invocazione magistratuale a sciogliere la *contio* preparatoria in vista della ricomposizione in centurie: *discedite Quirites*⁴⁶².

Prevale, ma non è assoluto, nel sostantivo *Quirites*, dunque, l'aspetto 'non militare' (fuori e dentro formula)⁴⁶³: ciò che pare costante è, invece, l'impiego formulaico vocativo del nostro sostantivo in contesti istituzionalizzati, quale (oltre il già visto rito di convocazione dei comizi, nonché la *formula devotionis* e quella censoria per la *lustratio*) quello delle *rogationes* (comprese quelle *adoptionis causa*)⁴⁶⁴ con cui ora il *magistratus* ora il *civis* si rivolge al popolo, tanto delle curie, quanto in prosieguo di tempo delle centurie (*velitis iubeatis*), nonché - già ci siamo occupati ampiamente di ciò - della richiesta, *calatis comitiis*, di mera testimonianza (*testimonium ... perhibetote*)⁴⁶⁵ per l'antico atto *mortis causa* di un *pater* teso ad *instituere heredem* (secondo una invocazione che, con buona probabilità, il *rex* onde *detesatere* i sacri riproduceva all'uopo).

Non ci resta che prendere in considerazione (avendo riguardo precipuo ai *libri ab urbe condita*) le formule PRQ-ium e

⁴⁵⁹ Gai 1.3. Cfr., in questo senso latissimo, Plin. nat. hist. 29.17

⁴⁶⁰ A. NOVARA, 'Cives' ou 'Quirites', in *Hommage à la memoire de P. Wuilleumier*, Paris, 1980, 274.

⁴⁶¹ Liv. 1.17.10

⁴⁶² Liv. 2.56.12; cfr., altresì, Liv. 3.11.4; Cic. verr. 2.3.208; Cic. leg. 3.11; Ascon. Corn. 71.1, 71.11.

⁴⁶³ Per l'almeno apparente contrapposizione tra aspetto militare e civile insita nell'antitesi *milites* - *Quirites*, cfr.: Liv. 45.37.8, 45.38.2, 45.37.14, 45.21.4; Tac. ann. 1.42.3-4; Svet. Caes. 70.2 (che potrebbe, tuttavia, essere inteso anche come sintomatico di una esortazione da parte di Cesare ai soldati come «Romani di stampo antico»: così A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 250); Lucan. 5.358; Dio Cass. 42.53.3; Plut. Caes. 51; A 2.13. Poco eloquenti (anche in virtù di possibili ideologizzazioni), ai nostri fini, Hor. *carm.* 3.3.37 (che comunque qualifica *bellicosus* i quiriti) e Lucan. 2.236 (che con il suo *Romani more Quirites* pressoché nulla ci dice).

⁴⁶⁴ Gell. 5.19.8-9; Liv. 22.10.2, 38.54.3, 26.36.12, 21.17.4, 31.6.1, 1.46.1, 30.43.2, 36.1.5, 45.21.4.

⁴⁶⁵ Gai 2.104.

PRQ-es⁴⁶⁶ che, direttamente citate (atteso che, di contro, PRQque è versione innovativa liviana⁴⁶⁷) potrebbero, almeno in teoria, impiegarsi come testimonianza dei valori più remoti del sostantivo *Quirites*.

La prima (contraddistinta dal caso genitivo di *Quirites*) compare direttamente nelle già citate tavole censorie varroniane post-serviane (ove il contesto pre-militarizzato, ai fini della *lustratio*, porterebbe a ritenere per entrambe le occorrenze di PRQ-ium come più adatto, anche se non certo oltre ogni ragionevole dubbio, il senso di 'esercito')⁴⁶⁸. In secondo luogo, PRQ-ium si rinviene nella *indictio belli*⁴⁶⁹, parte della antichissima cerimonia

⁴⁶⁶ In molti casi in cui *Populus Romanus* è al genitivo in dipendenza da altro sostantivo, è ovvio che pare arduo decidere quale delle due formule (la prima con *Quirites* nello stesso caso di *populus*; la seconda con *quirites* in genitivo in dipendenza da *populus*) sia stata impiegata (a meno che, ad esempio, dal contesto immediato (over ricorra altra PRQ con *populus* in caso diverso dal genitivo, non riesca - seppur solo a titolo di ipotesi - ad evincersi ciò (come sembra avvenire, ad esempio, per Liv. 8.9.7; Liv. 10.28.14, Liv. 22.10.2; Acta Frat. Arv, 114.41-2 [Henzen 110 ss.]): cfr., per l'uso della formula con *populus* in caso genitivo: Liv. 1.32.11, 1.32.13, 9.10.9,

⁴⁶⁷ Cfr., paradigmaticamente, Liv. 8.6.13: A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 28, il quale ineccepibilmente rileva che e «PRQ-esque è sempre fuori formula, cioè inserita nel modulo narrativo di Livio», e che «se Livio innova è logico e prevedibile che lo faccia fuori formula e che, di contro, sia rigorosamente conservativo quando cita espressamente la formula in modo diretto».

⁴⁶⁸ Cfr. E. RIGANTI, *Varrone. 'De lingua latina'*, Bologna, 1978, a.l.; L. SPENGLER, *M. Terenti Varronis De Lingua Latina libri, emendavit apparatus critico instruxit praefatus est Leonardus Spengel. Edidit et recognovit Andreas Spengel*, Berolini, 1885, 263; sul punto risulta imprescindibile la lettura di A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 23 ss.

⁴⁶⁹ Livio individua in Anco Marcio, il re che, ispirato ai costumi degli Equicoli e a imitazione delle procedure di pace volute Numa, introdusse il rituale di inizio dell'attività bellica (Liv. 1.32.6-14). Nel testo appena citato viene ad essere descritto il cerimoniale introdotto dal celebre «*bellum indico facioque*». La formula liviana è stata giudicata una tarda invenzione da K. LATTE, *Religiöse Begriffe im frühromischen Recht*, in *ZSS*, 67, 1950, 56 e da E. FRAENKEL, *Horace*, Oxford, 1957, 289 (cfr. altresì R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy*, cit., 127 ss., che, tuttavia, ritiene la procedura dei feziali «obsolete»; E. RAWSON, *Scipio, Laelius, Furius and the ancestral religion*, in *JRS*, 1973, 167 nt. 57): tuttavia, numerosi rilievi formali e sostanziali quali l'uso di espressioni tecniche (F.V. HICKSON, *Roman Prayer Language Livy and the Aeneid of Virgil*, Stuttgart, 1993, 115-117), la presenza del *pater patratus* (G. FUSINATO, *Dei feziali e del diritto feriale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, in *Reale Accademia dei Lincei*, Roma, 1884, 30), il riferimento alle formule dei feziali per la stipula dei *foedera* (Liv. 1.24.1-9: V. PISANI, *Testi latini arcaici e volgari*², Torino, 1960, 56 ss.) hanno indotto la dottrina prevalente a riconoscerne l'autenticità: cfr., sul punto, A. CALORE, *Forme giuridiche del 'bellum iustum' (Corso di diritto romano. Brescia- a.a. 2003-2004)*, Milano, 2003, 43 ss.; F. SINI, *'Bellum nefandum'. Virgilio e il problema del 'diritto internazionale antico'*, Sassari, 1991,

per l'inizio delle attività del *bellum iustum*, per ben cinque volte, se si accoglie una integrazione (sebbene tre volte il caso sia, ambigualmente, il genitivo; ma le altre due la formula è in nominativo e in accusativo, il che permette di non aver dubbi sulla generale funzione morfologica del nostro sostantivo in questo contesto). Quanto alla procedura feriale per l'indizione della guerra, dopo la chiamata a testimonia delle divinità, con la quale si concludeva la *clarigatio* (manifestazione della volontà del popolo romano offeso «di voler essere reintegrato nel diritto violato»)⁴⁷⁰, essa si articolava in due momenti, ossia nella deliberazione dello stato di guerra e nella cerimonia del giavellotto scagliato nel

191 ss., 193 nt. 29; Id., *Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant': Riflessioni su 'fides' e 'diritto internazionale' romano (a proposito di 'bellum', 'hostis', 'pax')*, in L. GAROFALO (ed.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale si studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-16 giugno 2001)*, III, Padova, 2003, 481 ss.; R. BLOCH, *Réflexions sur le plus ancien droit romain*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, 236 ss.; 213 P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI*, V, 1939, 179 ss.; G. RUBINO, *Untersuchungen über römischer Verfassung und Geschichte*, I, Cassel, 1839, 290 nt. 1; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, cit., 37-38 nt. 76; G. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, cit., 93 ss.; G. DONATUTI, *La 'clarigatio' o 'rerum repetitio' e l'istituto parallelo dell'antica procedura civile romana*, in *Iura*, VI, 1955, 31 ss.; A. MAGDELAIN, *Quirinus et le droit (spolia opima, ius fetiale, ius Quiritium)*, in *MEFRA*, XCVI, 1984, 246 e nt. 75; K.-H. ZIEGLER, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, cit., 103 e nt. 293; J.-L. FERRARY, *'Ius fetiale' et diplomatie*, cit., 422; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, cit., 53; B. ALBANESE, *Res repetere e 'bellum indicere' nel rito feziale (Liv. 1,32,5-14)*, in *AUPA*, XLVI, 2000, 47; T. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III, cit., 341 s. e nt. 2. Quanto alle formule e procedure elaborate dai *Fetiales* per l'*indictio belli* una ricostruzione metrica dei *carmina* si rinviene in C.M. ZANDER, *Versus Italici antiqui*, Lundae 1890, 32; C.O. THULIN, *Italische sakrale Poesie und Prosa. Eine metrische Untersuchung*, Berlin, 1906, 63 s.; G. APPEL, *De Romanorum precatationibus*, Gissae, 1909, 12 s.; G.B. PIGHI, *La poesia religiosa romana*, cit., 38 ss.; A. CARCATERA, *Dea Fides e 'fides': storia d'una laicizzazione*, in *SDHI*, L, 1984, 214 ss. Che l'insieme di queste formule presenti un aspetto estremamente risalente, al di là della pur inevitabile modernizzazione linguistica, è sostenuto senza esitazioni da ss.; ID., *Le ius archaïque*, *Ibidem* 98, 1986, p. 303.. Una parte di essi individua tre momenti: la *rerum repetitio*, cioè la richiesta al popolo antagonista della riparazione del danno da parte del *pater patratus* romano; la *testatio deorum*, cioè il ritorno dopo 30 giorni dei feziali presso la controparte inadempiente per dichiarare, chiamando gli dèi a testimoni, l'esistenza di una causa legittima di guerra; infine, la *indictio belli*, cioè il lancio, dopo 33 giorni, dell'asta magica nel territorio nemico, avendo il senato deciso e il popolo approvato il conflitto armato (R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy*, cit., 127 ss., il quale identifica la *denuntiatio* con la *rerum repetitio*; K.-H. ZIEGLER, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, cit., 102, il quale identifica la *rerum repetitio* con la *clarigatio* e la *testatio* con la *denuntiatio*; E. BIANCHI, *'Fictio iuris'. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova, 1997, 113, per il

territorio nemico. Il re Anco, una volta ritornato il *pater patratus*, chiedeva all'assemblea dei *patres*, con una formula ricca di allitterazioni e omoteleuti⁴⁷¹, di decidere il comportamento da tenere: *Quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus populi Romani Quiritium patri patrato Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis, quas res nec dederunt nec fecerunt nec solverunt, quas res dari, fieri solvi, oportuit, dic, inquit ei quem primum sententiam rogabat, quid censes?*. Indi, dopo la deliberazione dello stato di guerra, il *pater patratus* romano giungeva presso il confine dei nemici, portando con sé un'asta (di ferro o di legno) rossa e appuntita nel fuoco, e, alla presenza

quale la *clarigatio* consisteva nella *rerum repetitio*. Alla 'struttura triadica' del rito si rifà anche M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, cit., 54). Altri, invece, colgono quattro momenti. Ad esempio, la studiosa Sigrid Albert articola in quattro fasi («vier Stufen») l'antica dichiarazione di guerra romana: la *rerum repetitio* o *clarigatio*, con cui il *pater patratus* chiedeva la riparazione del torto subito; la *testatio* o *denuntiatio*, dopo trenta giorni se le richieste non venivano soddisfatte; il *votum* del senato autorizzato dal popolo; l'*indictio belli* con il lancio dell'asta insanguinata da parte del *pater patratus*. Similmente il giusromanista francese Magdelain individua i seguenti stadi: la *rerum repetitio*; il ritorno del feziale presso il popolo debitore per compiere la *testatio deorum* dichiarando il diritto violato; la *consultatio patrum*, in cui i Romani decidevano sul da farsi e la controparte aveva la possibilità di riparare al danno, evitando la guerra; il lancio della *hasta sanguinea* nel territorio nemico, con cui il feziale dava inizio al conflitto (S. ALBERT, *Bellum iustum*, cit., 13-14.). Anche per Mauro Mantovani le fasi erano quattro: «Genugtuungsforderung, Ansage, Erklärung und Eröffnung» (M. MANTOVANI, *Bellum iustum*, cit., 60.). Schematizza quattro sequenze, rifacendosi a Lange, J.-L. Ferrary: «*res repetuntur - senatus censet - populus iubet - bellum indicitur*» (J.-L. FERRARY, *'Ius fetiale' et diplomatie*, in E. FRÉZOULS - A. JACQUEMIN, *Les relations internationales. Actes du Colloque de Strasbourg 15-17 juin 1993*, Paris, 1995, 424.). Personalmente ritengo che nell'esposizione fatta da Livio si possano cogliere atti autonomi della procedura, disposti in successione temporale, riconducibili a due fasi, rispettivamente dal paragrafo 6 al 10 e dal paragrafo 11 al 14.

⁴⁷⁰ G. FUSINATO, *Dei feziali e del diritto feziale*, cit., 50. Quanto al *rem repetere*, possiamo così schematizzare: il feziale, una volta varcato il confine della comunità *hostilis*, prima di esporre i *postulata* del popolo romano, chiedeva di essere ascoltato da *Iuppiter*, dai confini del popolo in questione, e dal *fas*, chiarendo la propria posizione di *publicus nuntius* del popolo romano, inviato *iuste pieque*. Informati gli dei, la dichiarazione veniva poi ripetuta più volte, onde essere certi che la comunità fosse informata della legittimità della presenza del feziale nel territorio straniero e delle richieste avanzate. Indi, trascorsi inutilmente i *dies sollemnes*, ossia senza che la riparazione richiesta avesse luogo, il feziale in terra ostile denunciava agli dei il comportamento ingiusto della controparte, comunicando che sarebbe tornato a Roma, dove si sarebbe deciso il da farsi (per tutti cfr. A. WATSON, *International Law in Archaic Rome: War and Religion*, Baltimora - Londra, 1993, 24 ss.); Sull'identificazione inesatta del *bellum indicere* con la sola *clarigatio* opportunamente B. ALBANESE, *op. cit.*, 7-8. Per il significato generico dell'espressione 'fare, muovere una guerra', vedi gli esempi in Enn., *Ann.* 7,141 A. Traglia (ed. UTET) = Enn., *Ann.* 223 dell'ed. Vahlen 1903²; in

almeno di tre uomini puberi, recitava una formula (*Quod populi Priscorum Latinorum homines[ve]<que> Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt, deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum Priscis Latinis iussit esse senatusve populi Romani Quiritium censuit, consensit, conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus <Quiritium>*⁴⁷² *populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque*), per poi scagliare il giavelotto nel territorio nemico: l'atto unilaterale dell'*emittere hastam*⁴⁷³, così, concludeva, ora del tutto 'adialogicamente', la procedura.

Dalla formula testé citata si inferisce, peraltro, che alla deliberazione dello stato di guerra aveva partecipato anche il *populus Romanus Quiritium* giacché era esso ad aver ordinato⁴⁷⁴ *bellum cum Priscis Latinis esse*: il che è in aperta contraddizione con quanto poco prima aveva riportato Livio, indicando quale organo deliberante il solo senato⁴⁷⁵. Ove non si voglia sostenere che detta aporia sia dovuta a pressapochismo imputabile tanto a Livio quanto a Dionigi, pare più persuasiva l'ipotesi di una modifica del formulario onde adattare il rituale alla novità data dalla partecipazione, a far tempo dal quinto secolo a.C. dei *comitia* alla decisione sull'entrata in guerra della città⁴⁷⁶, laddove in età più

Cicerone (*inv.* 1,12,17; *prov.* 24; *fam.* 11,18,2); in Livio (1,30,4; 2,19,11; 2,38,5; 4,45,7; 5,31,5; 28,19,5; 33,39,7; 36,5,2); in Ov., *met.* 6,92; in Val. Max. 7,5,2; 9,5 ext. 2.

⁴⁷¹ Vd. V. PISANI, *Testi latini arcaici e volgari*², cit., 56 ss.

⁴⁷² Seguo B. ALBANESE, 'Res repetere', cit., 44 nt. 68 il quale ritiene «necessaria l'integrazione della parola *Quiritium*, imposta dalla triplice menzione precedente di *populus Romanus Quiritium*».

⁴⁷³ F. BLAIVE, 'Indictio belli'. *Recherches sur l'origine du droit fécial romain*, in *RIDA*, XL, 1993, 185-207. Per il punto di vista antropologico vedi gli autori citati da D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, cit., 117 nt. 18.C fr. E. VOLTERRA, *L'istituto della 'clarigatio' e l'antica procedura delle 'legis actiones'*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 253. fr. Gai. 4,16.

⁴⁷⁴ P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI*, V, 1939, 179 ss., ritiene quanto segue: «il ricordo dell'*iussus populi* costituisce una aggiunta posteriore ad una più antica formula in cui tale ricordo mancava» (vd., parimenti, K.-H. ZIEGLER, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, cit., 102).

⁴⁷⁵ Cfr. Dion. Hal. 2.27.9.

⁴⁷⁶ Una prima, seppur controversa, partecipazione del comizio centuriato data l'anno 427 a.C. (in relazione alla *lex de bello indicendo* contro la città di Veio); cfr. Liv. 4.30.15, ove rinveniamo l'espressione *omnes centuriae iussere*: il senato, infatti, aveva decretato la guerra, ma i tribuni si opposero, minacciando addirittura di impedire la leva; il console così fu costretto a convocare in comizio il popolo, il quale votò all'unanimità per la guerra (vd., in tema, P. FREZZA, *In tema di relazioni internazionali nel mondo greco-romano*, cit., 338, il quale, sulla scia di P. DE FRANCISCI, *Per la storia dei 'comitia centuriata'*, in *Studi in onore di V.*

risalente la competenza a decidere sulla guerra era dei *patres*, sicché l'apparente incongruenza, sarebbe ben spiegabile giusta il sovrapporsi di un regime più recente a quello più antico.

Ora, detto questo, se è vero che il rito dell'*indictio* è sicuramente antichissimo e pure il formulario ad esso relativo è stato reputato dalla miglior dottrina essere affatto risalente, altrettanto vero è che detto formulario sia stato oggetto di modifiche e aggiunte durante il quinto secolo a.C. (per le ragioni poc'anzi esposte), quando il sostantivo *populus* aveva assunto già un significato altro rispetto ad esercito; non a caso qui *populus Romanus* è, a mio modo di vedere, foriero non del senso originario, ma di quello post-serviano, di carattere a-militare, di 'popolo deliberante' (nel comizio); così, aderendo pure alla persuasiva tesi di Prosdocimi (che, contro la *communis opinio*, ha dimostrato come PRQ-ium sia formula non seriore, ma almeno coeva a PRQ-es, laddove PRQ-esque, presente esclusivamente fuori formula, una innovazione banalizzante di Livio)⁴⁷⁷, mi pare che comunque i *verba* della cerimonia in oggetto non possano essere impiegati utilmente per la determinazione della portata più antica dell'originario significato di PRQ-ium: infatti, una volta slittato (come qui è) il significato di popolo, è giocoforza ritenere che il genitivo (*quiritium*) abbia a sua volta mutato sfera semantica, talché esso pare indicare infatti non tanto una sovracategoria (il *totum*) entro cui inserire la *pars*, ma la composizione, il contenuto (atomizzato nella somma di plurimi quiriti) dello stesso *populus* assembleare.

Arangio-Ruiz, I, Napoli, 1954, 31, ritiene che l'episodio narrato da Livio fu il primo della storia di Roma, in cui l'esercizio dello *ius belli ac pacis* venne ad essere esercitato anche dal comizio; laddove ad avviso di L. LANGE, *Römische Alterthümer* II³, Hildesheim - New York, 1974, 599 ss., il coinvolgimento dell'assemblea centuriata si avrebbe anche negli episodi precedenti a quello del 427 a.C., ma la tesi non trova riscontro). Sulla *lex de bello Veientibus indicendo*, cfr. A. CARDELLINI, *Le 'leges de bello indicendo'*, I, Camerino, 1995, 22 ss.; nonché L. FASCIONE, *'Bellum indicere' e tribù (509-367)*, in *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli, 1981, 243 ss. secondo cui la *lex de bello indicendo*, oltre ad indire la guerra, comportava l'indizione della leva militare per la formazione dell'esercito. Quanto alla partecipazione popolare repubblicana alla *indictio belli*, Icuni pensano ad una competenza esclusiva del comizio centuriato (T. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III, cit., 314 e 343 nt. 1; altri (R. DEVELIN, *'Comitia tributa plebis'*, in *Athenaeum*, LIII, 1975, 323 ss.) suppongono il *concilium plebis*; altri ancora ipotizzano i *comitia tributa* (L. FASCIONE, *'Bellum indicere'*, cit., 255); infine U. PAANANEN, *Legislation in the 'comitia centuriata'*, in *'Senatus Populusque Romanus'. Studies in Roman Republican Legislation*, Helsinki, 1993, 26 ss., indica invece il comizio curiato.

⁴⁷⁷ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 31.

Lo stesso ben può dirsi, altresì, per la formula proposta all'approvazione del popolo in tema di *ver sacrum*⁴⁷⁸ (dopo la rovinosa battaglia del Trasimeno), di cui ci dà conto Livio⁴⁷⁹: in uno dei più tragici momenti della guerra annibalica, dopo estenuanti sconfitte, ai Romani l'unico rimedio possibile apparve l'ausilio divino; donde la celebrazione delle antiche cerimonie e dei riti eccezionali desunti dai *libri Sibyllini*⁴⁸⁰, nonché l'intervento interpretativo del pontefice L. Cornelio Lentulo in tema di *ver sacrum* (il rito di certo più inusuale tra quelli sibillini) oggetto di un *votum* deliberando dal *populus* su *rogatio* del magistrato, consistente nella promessa di consacrare agli dei quanto la natura

⁴⁷⁸ La tradizione documentaria pontificale e la prassi interpretativa del collegio negavano *ab antiquo* che il magistrato avesse il potere di offrire *vota publica* senza il preventivo assenso del popolo; in altre parole, la giurisprudenza sacerdotale considerava lo *iussum populi* requisito indispensabile per l'assunzione del vincolo obbligatorio nei confronti degli dèi, e quindi per la validità del rito. In tema di *vota publica*, merita di essere presentata una *interpretatio* del pontefice massimo L. Cornelio Lentulo, che verteva sulle modalità del più grande e solenne dei *vota publica*: il voto della primavera sacra (*ver sacrum vovere*), L. Cornelio Lentulo, console, censore e pontefice massimo nella seconda metà del secondo secolo a.C., fu personaggio politico di primo piano negli anni cruciali della seconda guerra punica: la storiografia antica lo presenta come «il principale sostenitore della guerra», dichiarato avversario del gruppo 'pacifista' che faceva capo a Fabio Massimo, al punto da restarne poi nella memoria di quella tradizione unico antagonista. La formula solenne del *ver sacrum* è conservata in un noto passo di Tito Livio, che documenta anche il responso (*pro collegio*) del pontefice massimo L. Cornelio Lentulo a difesa dello *iussum populi* in materia di *vota publica* contro ogni interpretazione estensiva dei poteri magistratuali (*iniussu populi voveri non posse*). (Su *votum* e *vota publica* vedi A. BOUCHÉ-LECLERCQ, *Les pontifes de l'ancienne Rome. Étude historique sur les institutions religieuses de Rome* (Paris 1871, rist. New York 1975) 165 ss.; J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung* III, 2^a ed., a cura di G. Wissowa (Leipzig 1885, rist. New York 1975) 264 ss. = Id., *Le culte chez les Romains* I (Paris 1889) 315 ss.; G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*, 2^a ed. (München 1912) 381 ss.; J. TOUTAIN, v. *Votum*, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines* 5 (Paris 1919) 969 ss.; A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio* (Paris 1943) 114 ss.; P. Noailles, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi 1941-1942* (Paris 1949) 302 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* (München 1960) 46; W. EISENHUT, v. *Votum*, in *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. 14 (Stuttgart 1966) coll. 964 ss.; K. VISKY, *Il votum in diritto romano privato*, in *Index* 2 (1971) 313 ss.; O. DILIBERTO, *La struttura del votum alla luce di alcune fonti letterarie*, in *Studi in onore di A. Biscardi* IV (Milano 1983) 297 ss.; Id., v. *Voveo*, in *Enciclopedia Virgiliana* IV (Roma 1990) 629 ss.; J. DAZA, *El votum*, in *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor J. Murga Gener*, coordinación y presentación J. Paricio (Madrid 1994) 505 ss. A. Pernice, *Zum römischen Sacralrechte (I)*, in *Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaften zu Berlin* 51 (1885) 1148. Brevemente, vedi anche il recente lavoro di F.V. HICKSON, *Roman prayer language: Livy and the Aeneid of Virgil* cit. 91 ss. Del resto, nelle fonti il verbo *obligare*

avrebbe generato nel successivo *ver*: vegetali, animali, finanche uomini: e per adempiere detto *votum* Roma era *obligata* a offrire alle divinità i propri raccolti nonché, in pratica, sacrificare tutti gli animali non umani. Ciò premesso, quello che qui interessa è che fu lo stesso Lentulo oltre che a sancire il principio *'iniussu populi voveri non posse'*⁴⁸¹ (indicando puntualmente le modalità esplicative e i soggetti attivi del voto), ad elaborare la formula di approvazione da presentare al popolo: siamo sul finire del terzo secolo a.C. e il vocabolo 'popolo' viene anche qui impiegato in un contesto che è sì formulare, ma altresì in cui si sottolinea il suo essere un 'complesso di cittadini maschi adulti (quiriti)' cui si rivolge il magistrato per la pronunzia di un *iussum*⁴⁸². Diversamente accade a quanto mi pare, invece, circa il rito e la formula della

appare di frequente utilizzato in riferimento al *votum*: cfr. Cic. *De leg.* 2.41; D. 50.12.2; Macr. *Sat.* 3.2.6; Serv. *in Verg. Buc.* 5.80) Sul *ver sacrum* Paul. *Festi ep.*, p. 519 L.; Fest. *De verb. sign.*, p. 424 L.; Serv. *in Verg. Aen.* 7.796. Cfr. anche Strab. 5.4.12 J. MARQUARDT, *Römische Staatsverwaltung* III cit. 370 = *Id.*, *Le culte chez les Romains* I cit. 316; G. Wissowa, *Religion und Kultus der Römer* cit. 145 ss.; N. TURCHI, *La religione di Roma antica* cit. 130 ss.; G. De Sanctis, *Storia dei Romani* IV.2.1 (Firenze 1953) 318 s.; E. Eisenhut, v. *Ver sacrum*, in *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, VIII.A.1 cit. coll. 911 ss.; J. Heurgon, *Trois études sur le «ver sacrum»* (Bruxelles 1957) 35 ss.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte* cit. 124 s.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed. (Napoli 1999) 104 ss. T. TRINCHERI, *La consacrazione di uomini in Roma. Studio storico giuridico*, Roma 1889, 38 ss.; G. De Sanctis, *Storia dei Romani, I. La conquista del primato in Italia*, Torino 1907, qui citata nella nuova edizione stabilita sugli inediti a cura di S. Accame, Firenze 1979, 292 s.; P.M. MARTIN, *Contribution de Denys d'Halicarnasse à la connaissance du ver sacrum*, in *Latomus* 32, 1973, 23 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma*, Milano 1991, 300 ss.; G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche. Contributo alla storia della famiglia romana*, 6ª ed., Napoli 1999, 108 ss

⁴⁷⁹ Liv. 23.10.

⁴⁸⁰ Cfr. J. SCHEID, *Les incertitudes de la uoti sponsio. Observations en marge du uer sacrum de 217 av. J.-C.*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, a cura di M. Humbert e Y. Thomas (Paris 1998) 417 ss.

⁴⁸¹ Cfr., sulla applicazione del principio, Liv. 4.20.4; Cic. *domo* 136.

⁴⁸² Per quanto riguarda il passo liviano in tema di *feriae latinae* (Liv. 41.16), che peraltro non è neppure riproduzione di una formula, ma parafrasi dello storico, valgono le stesse considerazioni, trattandosi per *populus* almeno di un significato derivato (sulla proclamazione pontificale di tale festività cfr. Liv. 32.1.9; Varr., *de ling. Lat.* 6.25: *Similiter Latinae feriae dies conceptivus, dictus a Latinis populis, quibus in Albano monte ex sacris carnem petere fuit ius cum Romanis, a quibus Latinis Latinae dictae*. Per l'origine della festa: Auct. *de vir. illustr.* 8.2: *Gabios per Sextum filium simulato transfugio in potestatem redigit et ferias Latinas primus instituit*; Macr. *sat.* 1.16.17: *nec Latinarum tempore, quo publice quondam indutiae inter populum Romanum Latinosque firmatae sunt, inchoari bellum decebat*).

*devotio*⁴⁸³: il relativo *carmen* non sembra affatto essere stato oggetto di manipolazioni, di modo che la locuzione PRQ-ium, peraltro, pare impiegata, quale locuzione sinonimica (ma assai più solenne) di *legiones (pro quibus Decio Mure intende se devovere)*, connessa a *vim et victoriam* (forza e vittoria militari), *auxiliis* (truppe ausiliarie), *hostes* (nemici sul campo di battaglia), solo (o prevalentemente) in senso bellico, per indicare l'esercito romano di (piuttosto che 'dei') Quiriti. *Populus* cioè copre, in tal frangente, il campo semantico verisimilmente più antico (quello cioè indicativo dell'esercito); e parimenti può dirsi per il genitivo *Quiritium* che, in teoria, è suscettibile di indicare sia la categoria superiore (il *totum*) entro cui si trova il *populus* (la *pars*) sia – come per gli esempi precedenti – il contenuto stesso (le *singulae partes*) del *populus*.

La formula con *quirites* al nominativo (PRQ-es) si rinviene nella pronuncia del pontefice massimo riguardante la *captio vestalis virginis*, negli *Acta fratrum Arvalium*, nella formula di indizione dei *Compitalia* pronunciata dal pretore. Contro la dottrina maggioritaria, dallo studio attento delle citazioni in formula diretta, delle citazioni in formula indiretta ma data come testuale, delle citazioni indirette il Prosdocimi è persuasivamente giunto alla conclusione che «l'attribuzione di seriorità di Qium rispetto a Qes era basata sul numero di attestazione e sulla restrizione a Livio» e che «la logica dice che Qes e Qium sono varianti parimenti antiche e, a priori, che una non è nata dall'altra in epoca antica: da ciò una implicazione di coesistenza che è confermata da formule parallele con il medium logico di restituire una formula originaria diversa»⁴⁸⁴; sicché risulta all'oggi fuorviante seguire ancora *in toto* il quadro

⁴⁸³ Sul *carmen* (Livius 8.9.4-8: *In hac trepidatione Decius consul M. Valerium magna uoce in clamat. 'Deorum' inquit 'ope, M. Valeri, opus est; agedum, pontifex publicus populi Romani, praei uerba quibus me pro legionibus devoveam.'* Pontifex eum togam praetextam sumere iussit et velato capite, manu subter togam ad mentum exserta, super telum subiectum pedibus stantem sic dicere: 'Iane, Iuppiter, Mars pater, Quirine, Bellona, Lares, Divi Novensiles, Di Indigetes, divi, quorum est potestas nostrorum hostiumque, dique Manes, vos precor veneror, veniam peto feroque, uti populo Romano Quiritium vim victoriam prosperetis hostesque populi Romani Quiritium terrore formidine morteque adficiatis. Sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica [Quiritium], exercitu, legionibus, auxiliis populi Romani Quiritium, legiones auxiliaque hostium mecum deis Manibus Tellurique deuoueo) per la ricostruzione ritmica vedi G.B. PIGHI, *La poesia religiosa romana*, Bologna 1958, 60 ss.; H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, cit., 45 ss.; di H.S. VERSNEL, *Self-sacrifice, compensation and the anonymous gods*, in *Le sacrifice dans l'Antiquité*, cit., 135 ss. cfr., per tutti, C.O. THULIN, *Italische sakrale Poesie*, cit., 54.

⁴⁸⁴ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 31; cfr., già in senso conforme, U. COLI, *'Regnum'*, cit., 160 s.; R.E.A. PALMER, *The Archaic Community of the Romans*, cit., 158.

riassuntivo proposto da Prugni secondo il quale «PRQ-esque è formula rarissima ...; PRQ-es è formula rara, ma più frequente della precedente ...; PRQ-ium è nesso attestato solo cinque volte in Livio; l'uso più frequente vede il genitivo di PRQ dipendente da un sostantivo⁴⁸⁵», per poi arrivare a concludere che «tenuto conto che nella lingua sacrale sono preponderanti i nessi asindetici, sembra logico dedurre che l'espressione originaria sia *Populus Romanus Quirites*, alla quale si affianca - in usi non tecnici - *Populus Romanus Quiritium*» e che tale ultima locuzione «sia innovazione, anche se forse già di epoca abbastanza antica»⁴⁸⁶; anzi, sulla scorta della analogia con l'espressione (ora asindetica, ora coordinata con congiunzione copulativa) *socii* <et, ac, atque, -que> *nomen Latinum*, lo studioso giunge a vedere in PRQ-es «la formula originaria, indicante i Romani ... come membri dell'esercito centuriato serviano e come appartenenti alle curie», mentre PRQ-ium sarebbe «innovazione nata da un fraintendimento della funzione del genitivo *Quiritium* nei numerosi casi in cui esso era affiancato al genitivo *populi Romani*»⁴⁸⁷.

Puntualizziamo: non è vero che PRQ-ium si trovi solo in Livio: esso si rinviene anche - a non voler seguire la partigiana *lectio* del Brissonius - in Varrone; è vero che l'uso più frequente è quello genitivale, ma talora dal contesto è possibile propendere ora per l'una, ora per l'altra versione; non è vero che logica vuole che PRQ-ium sia derivato da PRQ-es, giacché entrambi - ad anzi il primo preponderantemente - sono rinvenibili in citazioni testuali dirette (o, quanto a PRQ-ium, in citazioni che sono indirette, ma mediante riproduzioni *verbatim*); il fraintendimento sul caso (che è vulgata recepita dal Prugni) è se non una assurdità, comunque un argomento banale e debolissimo, ché, in buona sostanza, significa ritenere «che un latinofono ... non sapeva ... che il genitivo plurale *Quiritium* ha un nominativo (pl.) *Quirites* e un dativo *Quiritibus*», atteso che «come si traspone *populi Romani* in *populus Romanus*, Livio avrebbe saputo trasporre anche un *Quiritium* in *Quirites*»⁴⁸⁸.

Detto questo, passiamo alla sostanza delle due versioni (come appurato) verisimilmente coeve: poc'anzi si ricordava il pensiero di Prugni, ad avviso del quale - sulla scorta delle

⁴⁸⁵ G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 141.

⁴⁸⁶ G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 145 Sulla seriroità di PRQ-ium, cfr., altresì, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, cit., 8; G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 219; P. DE FRANCISCI, '*Primordia civitatis*', cit., 737; A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 16 e nt. 28; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, 100 ss.; criptico sul punto B. LUISELLI, *Il problema della più antica prosa latina*, Cagliari, 1969, 165, nt. 4.

⁴⁸⁷ G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 141.

⁴⁸⁸ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 18.

congetture del Coli (che sottolineava, come molti altri, peraltro, l'antitesi (a suo dire solo repubblicana) tra 'comunità' come 'somma ideale', da un lato, e *cives* intesi come *singuli*, dall'altra⁴⁸⁹ – la formula assunta come più risalente avrebbe fatto riferimento alla realtà militare (a tutto concedere) del sesto secolo rappresentata dall'esercito serviano: più precisamente secondo l'autore, PRQ-es (in una con la variante PRQ-esque) avrebbe designato «la totalità dei cittadini romani considerati secondo i due diversi ordinamenti, il più recente ed importante (quello centuriato) ed il più antico ed originario, oramai ricondotto ad un fossile (quello curiato)»⁴⁹⁰: in altre parole la formula in questione sarebbe sintomatica di una dualità dei Romani visti nella loro funzione di membri delle due diverse assemblee. Altri, come è oltremodo noto, vedeva nel nesso asindetico PRQ-es la contrapposizione o tra collettività e singoli⁴⁹¹, o tra aspetto militare e civile⁴⁹², o tra entità etniche o topografiche divergenti⁴⁹³, o tra classi gerarchicamente differenziate⁴⁹⁴.

Tutte queste posizioni, invero, pur nella assoluta divergenza di impostazione e di soluzione dei problemi afferenti al nesso

⁴⁸⁹ U. COLI, 'Regnum', cit., 160; Id., *Sur la notion d' 'imperium' en droit public romain*, in RIDA, VII, 1960, 365.

⁴⁹⁰ G. PRUGNI, 'Quirites', cit., 141.

⁴⁹¹ J. BINDER, *Die 'Plebs'*, cit., 154 ss.; R.E.A. PALMER, *The Archaic Community of the Romans*, cit., 158; U. COLI, 'Regnum', cit., 160; Id., *Il testamento*, cit., 621 ss.; P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 97, 105 ss. (che pensa ai due termini come sintomatici della concreta concezione della collettività propria dei Romani, sotto il profilo dell'unione e della pluralità: visione, anche a detta dello stesso Prugni, innegabile: G. PRUGNI, 'Quirites', cit., 144).

⁴⁹² U. VON LÜBTOW, *Das römische Volk.*, cit., 32 (che vede però nei *quirites* i guerrieri); J. NERAUDAU, *La jeunesse dans la littérature et les institutions de la Rome républicaine*, Paris, 1979, 333 (che vede nel *populus* «les militaires»); L.R. MENAGER, *Nature et mobiles de l'opposition entre la plèbe et le patriciat*, in RIDA, XIX, 1972, 389; J.-C. RICHARD, *Les origines de la plèbe romaine*, cit., 130 s. e nt 173 che parla di *Quirites* come «des hommes rassemblés», senza connotazioni militari (rifacendosi principalmente agli studi di E. BENVENISTE, *Symbolisme sociale dans les cultes gréco-italiques*, in RHR, CXXIX, 1945, 5 ss.; P. KTRETSCHMER, *Lat. 'Quirites' und 'quiritare'*, cit., 147 ss.).

⁴⁹³ F. REICHE, 'Quirites', in KI, XXI, 1927, 74 (abitanti del Quirinale / abitanti delle rive del Tevere); R. PARIBENI, *Le origini e il periodo regio. La repubblica fino alla conquista del primato in Italia*, Bologna, 1954, 47 (Latini /Sabini); G. DEVOTO, *Il linguaggio d'Italia*, Milano, 1977, 74 (gioventù armata romana / cittadini legati a località o divinità non romane); S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 31 (Albani-Romani / Sabini); L. LABRUNA, voce 'Quirites', cit., 348 (sinecismo latino-sabino condensato nel solo vocabolo *quirites*); A. NOCENTINI, *Miti etimologici*, cit., 147 (che pensa a *quirites* come etnico puro svincolato da base locale e *populus* come determinazione statale e locale).

⁴⁹⁴ A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, cit., 16 e nt. 28; 59, 158, 176; Id., *La rivoluzione delle plebe*, cit., 103, 128; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., 76 ss.

intercorrente tra i due elementi della formula bimembre, oltre che concordare sulla maggior recenziarietà di PRQ-ium rispetto a PRQ-es, quanto a quest'ultima, paiono all'unisono, argomentando anche dall'*ordo verborum*, «logico ipotizzare che la formula sia nata quando l'esercito centuriato acquisì un'importanza politica tale da scavalcare quella connessa con l'ordinamento curiato»⁴⁹⁵. In altre parole, tale scuola di pensiero parte, onde giungere, alla opinio testé menzionata, dalla considerazione delle - indiscutibilmente - importantissime conseguenze sul piano di diritto costituzionale della riforma tanto militare quanto censitaria attribuite a Servio Tullio (di cui già abbiamo detto se non abbondantemente, in sufficienza circa gli scopi di questo scritto)⁴⁹⁶: vero è, senza ombra di dubbio, che l'assemblea centuriata - presumibilmente convocata per comunicazioni militari o per approvazioni *de bello indicendo* - venne impiegata progressivamente⁴⁹⁷ in modo sempre più 'politico' tanto da divenire, una volta persi i suoi connotati di matrice militari (conservati, tuttavia, circa le modalità di convocazione⁴⁹⁸), il *maximus* comizio deliberante⁴⁹⁹ di età repubblicana: donde l'indiscutibile passaggio di *populus* dal senso militare a quello civile

⁴⁹⁵ G. PRUGNI, *'Quirites'*, cit., 142.

⁴⁹⁶ Prescindo, ovviamente, qui dalla analisi di quella scuola di pensiero che addirittura nega la storicità di Servio, considerandolo un personaggio mitico in cui è stato concentrato l'insieme delle innovazioni fondamentali per la libera *res publica romanorum*: cfr., B. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, I, cit. 365; E. PAIS, *Storia di Roma*, II, cit., 115 ss., 189 ss.; G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 374; R. GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Paris, 1901, 4, nt. 1; B. NIESE, *Grundriss der römischen Geschichte*³, München, 1906, 21; U. COLI, *Le origini della 'civitas'*, cit., 36, *Id.*, *'Regnum'*, cit., 50 ss.; H. PIGANIOL, *Histoire de Rome*⁴, Rome, 1953, 30; *contra* (seppur in una trattazione di più ampio respiro sulla credibilità delle notizie annalistiche relative al periodo storico dell'età regia, che propendendo per la fidabilità dà quasi per scontata la storicità del re etrusco) vd. G. VALDITARA, *Studi*, cit., 1 ss., 41 ss.; tra gli storici, per l'abbandono delle suvviste posizioni ipercritiche, cfr. M. PALLOTTINO, *Servius Tullius à la lumière des nouvelles découvertes archéologiques et épigraphiques*, in *Comptes-rendus Académie inscriptions et belles-lettres*, CXXI, 1977, 216 ss.

⁴⁹⁷ In questi termini cfr., per tutti, G. GROSSO, *Lezioni di storia*, cit., 208; C. CASSOLA - L. LABRUNA, *Le assemblee popolari. I comizi curiati ed i comizi centuriati*, in M. TALAMANCA (ed.), *Lineamenti*, cit., 206 ss. E ciò, ovviamente, a non voler accedere alla tesi secondo cui «la finalità militare (organizzazione dell'esercito) era, per l'ordinamento serviano, senz'altro prioritaria, tanto da aver improntato di per sé persino il funzionamento esteriore dei comizi corrispondenti. Ma questo non toglie che l'assetto militare deve ritenersi modellato per vari punti anche in funzione dei riflessi che avrebbe avuto sulla configurazione dei comizi stessi. E vuol dire, dunque, che la finalità politica (organizzazione comiziale), pur logicamente subordinata all'altra, dovè essere compresente fin dall'inizio - come ambedue momenti, tra loro solidali, d'un fatto storico di creazione unitaria (S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 99).

⁴⁹⁸ Cfr. Varr. *L.L.* 6.88, 93, 95; Liv. 1.42 ss.

giacché «i cittadini romani ... in quanto iscritti nelle liste di leva e quindi mobilitati o mobilitandi ... fanno parte dell'assemblea politica dei comizi centuriati»⁵⁰⁰.

Ma, ad onor del vero, a soluzioni non divergenti arriva anche il Prosdocimi il quale, tuttavia, correttamente si discosta dalla vulgata là ove sostiene, fonti alla mano e con argomentazione logica invincibile, la contestualità delle due varianti in oggetto e là ove rimarca la intima diacronia emergente con forza dalla 'eterogeneità' dei due membri della formula, giacché, in una duplice contrapposizione, al *populus* qualificato come *Romanus* viene giustapposto (ora nello stesso caso, ora in genitivo) *Quirites*, mentre in formule analoghe (anche se a mio avviso solo parzialmente), come quella delle Tavole iguvine⁵⁰¹ in cui, paratatticamente, si affiancano *poplo* e *tota* ('*poplo totar iiouinar, tota iiouina*')⁵⁰², o quella ermundula in cui mediante la congiunzione

⁴⁹⁹ Sulla identificazione di 'comizi centuriati' con il *maximus comitiatus* (Cic. leg. 3.4.11), B. ALBANESE, 'Maximus Comitiatus', cit., 13 ss.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 191; in particolare sulla capacità legislativa di tali comizi già dalla prima età repubblicana, cfr. S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 152 ss. (contra, cfr., ex plurimis, L. AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, Napoli, 1991, 79 ss.; M. KASER, *Das altrömische 'ius'*, cit., 65 ss., che riconduce l'attività legislativa dei comizi in questione al quarto secolo a.C.; A. GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, cit., 135 ss., 171 ss., il quale reputa nella sua ricostruzione del lento passaggio da regno a repubblica che fu con la battaglia contro Veio che, a causa dell'istituzione di una seconda legio, i pretori-consoli divennero due e solo nel 367 a.C. l'*exercitus centuriatus* ebbe il riconoscimento di assemblea costituzionale deliberante. il che implica, ovviamente, sotto il profilo metodologico il vedere nelle fonti storiche non un appiglio, ma un ostacolo ai fini della ricostruzione della Roma repubblicana più antica, false dovendosi reputare tutte le *leges* centuriate a partire dalla celebre *lex Valerii Poplicolae* del 509 a.C. (contro tale atteggiamento vd., da ultima, E. TASSI SCANDONE, '*Leges Valeriae de provocatione*', cit., 39 ss.; nonché, in termini più generali, P. ZAMORANI, *Plebe genti esercito*, cit., 27)

⁵⁰⁰ Così, per tutti, G. PRUGNI, '*Quirites*', cit., 143.

⁵⁰¹ Imprescindibili, ora, i lavori (che surclassano, oltre i classici di G. Devoto, il lavoro di J.W. POULTNEY, *The Bronze Tables of Iguvium*, Baltimore, 1959, *passim*) di A.L. PROSDOCIMI, *Redazione e struttura testuale delle Tavole Iguvine*, in *ANRW*, II, 1972, 593 ss.; *Id.*, *Le tavole iguvine*, I, Firenze, 1984, *passim*.

⁵⁰² Tab. Ig. 6 b 61 ss.: cfr., su *tota* e su *poplo* nel lessico giuridico umbro, A.L. PROSDOCIMI, *Il lessico istituzionale italico*, cit., 37 ss., 44 ss., *Id.*, *L'Umbro*, in *Popoli e civiltà dell'Italia antica*, VI, Roma - Padova, 1978, 625, secondo cui *tota* è la totalità (la comunità intesa come unità autosufficiente) di cui *poplo*, termine non marcato, è la parte (ossia la parte della cittadinanza atta alle armi): vanno abbandonate così le posizioni di quegli studiosi che non si sono avveduti dell'aspetto totalmente militare di *poplo* (cfr., in senso parzialmente affine a quello del Prosdocimi, già C. GIOFFREDI, *Le tavole di Gubbio e il diritto degli Umbri*, in *Labeo*, IV, 1958, 357 ss.; contra, G. DEVOTO, *Tabulae iguvinae*, Roma, 1937, 171; *Id.*, *La città e lo stato degli Umbri*, in *L'Umbria nella storia, nella letteratura, nell'arte*, Bologna, 1954, 29 ss.; J. PFFIFFIG, *Religio Iguvina: Philologische und*

-que si relazionano *populus* e *homines* ('*populus Hermundulus hominesque populi Hermunduli*')⁵⁰³: l'insigne linguista, infatti, sostiene che «*populus Romanus* sia entrato nella formula quando *populus* significava ancora 'esercito in armi', ma aveva già le premesse per passare a *populus* quale concetto totalizzante»⁵⁰⁴, sostituendosi così ad un ipotetico *populus Quiritium* presente nella 'protoformula', da lui ricostruita «avec une ingéniosité diabolique»⁵⁰⁵, '*populus Quiritium Quirites*'. E ciò sarebbe avvenuto, sempre seguendo Prosdocimi, allorché «nella costituzione centuriata (attribuita a Servio Tullio)», la cd. struttura politica civile avrebbe avuto «come pertinenza la sua proiezione nell'esercito (*poplo-* '*populus*')», ritenendo (e qui non posso che condividere in pieno) che a far variare e permettere l'antitesi *Romani* / *Quirites* sia, presumibilmente, «il concetto - nome e ideologia - di Roma ... da identificare con quella del sinecismo e/o della costituzione urbana, da porre all'incirca all'epoca della riforma serviana»⁵⁰⁶.

Il discorso e del Prugni (*communis opinio*) e del Prosdocimi (*opinio* eterodossa) non mi convince affatto nel punto di contatto tra le due scuole di pensiero. Prima di procedere ad una enunciazione - quanto a *pars destruens* - dei miei dubbi a riguardo (e, ovviamente, prima di procedere ad un tentativo proteso al loro superamento, in *pars costruens*), vanno precisati inevitabilmente alcuni punti, onde meglio affrontare il problema relativo alla determinazione del contenuto della formula.

Anzitutto dobbiamo escludere categoricamente l'opzione che vede consacrato in PRQ-es e PRQ-ium il sinecismo etnico: e ciò sia per ragione interne che esterne alla formula. In via analogica, infatti, giusta la concepito della formula iguviana, parimenti bimembre, *poplo totar iiouinar, tota iiouina*, possiamo inferire che anche nelle due versioni che qui ci occupano i due termini debbano essere concepiti omogenei (se non sotto il profilo del significante, almeno sotto quello del significato) e, pertanto, debbano riferirsi alla medesima comunità; inoltre, con unico riguardo a PRQ-ium, il genitivo Q-ium esclude logicamente un popolo al contempo romano, ma facente parte della comunità sabina (ovvero un popolo romano formato di sabini)⁵⁰⁷.

religionsgeschichtliche Studien zu den «Tabulae Iguvinae», Wien, 1964, 27).

⁵⁰³ Cfr. Gell. 16.4.1 (Cincius fr. 12 Huschke).

⁵⁰⁴ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 48.

⁵⁰⁵ Cito il Magdelain che, con stupefatta ammirazione, parlava del Mommsen (A. MAGDELAIN, *Cinq jours épagomènes à Rome?*, in '*Jus Imperium Auctoritas*'. *Etudes de droit romain*, Paris, 1990, 283).

⁵⁰⁶ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, I, cit., 48.

⁵⁰⁷ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 246 ss.

Di poi va esclusa, come sostiene lo stesso Prosdocimi, la lettura di PRQ-ium e PRQ-es che vede queste versioni, ciascuna, come sintomatica di «concetti equipollenti e totalizzanti», atteso che la totalità (vedremo appresso come intendere questa totalità) «pertiene alla formula nella sua interezza, cioè nella giunzione di due termini»⁵⁰⁸, sicché *populus Romanus*, di necessità, in PRQ-ium «compare come parziale»⁵⁰⁹. La critica è accoglibile nella sua generalità, eccezion fatta che per la parte finale: e ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primis, cosa induce lo studioso a ritenere che il rapporto tra *populus* e *Quirites* sia quello un rapporto intercorrente tra *pars* e *totum*? Con riguardo a PRQ-ium, il genitivo *quiritium* infatti – come già si è rilevato – ben può indicare, in teoria, tanto la composizione del *populus* quanto l'«Oberbegriff» di cui il *populus* è la parte. La perfetta analogia con la tavola di Gubbio, pretesa dal Prosdocimi per giungere alla conclusione qui criticata, non pare del tutto calzante: se nel nesso iguvino '*poplo totar*' il genitivo di *tota* è necessariamente possessivo (essendo tale sostantivo al singolare), sicché lì ben può sostenersi che la differenza tra i due elementi è rappresentata proprio «da quel genitivo di possesso, per cui il popolo appartiene alla *tota*»⁵¹⁰, ciò non vale affatto per PRQ-ium, essendo il genitivo al plurale, e pertanto ben potendo quest'ultimo rappresentare un genitivo di epesegesi (se non di denominazione): il che, ovviamente, invertirebbe del tutto il rapporto di *pars / totum*, supposto dal Prosdocimi come assoluto, intercorrente tra i due membri della formula (come si avrà modo di apprezzare di seguito, ciò comportando notevoli ripercussioni sul significato del dualismo formulaico). Ben lo metteva in luce il Catalano (avversando con il rigore del metodo storico prese di posizioni incarnanti gli spiriti dell'evoluzionismo) «si tratta di una concezione complessa che tiene conto dell'unione, della riunione, della pluralità», e «si tratta ... di una concezione concreta della collettività»⁵¹¹. La presenza formulaica di *Quirites* (laddove a Gubbio il singolare *tota iiouina* pare indicativo di un 'ente astratto') è sintomo di una pluralità concreta unificata sotto l'insegna di una nuova realtà politico-giuridico-religiosa, Roma con il suo *populus*.

In secondo luogo, ci si può al più interrogare (senza dare ciò per incontrovertito) se la certa contestualità delle due varianti formulaiche significhi anche sinonimia tra di esse⁵¹²: la risposta, a mio avviso, non può che essere negativa, atteso che ad essere

⁵⁰⁸ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 248.

⁵⁰⁹ A.L. PROSDOCIMI, *PQQ*, II, cit., 249.

⁵¹⁰ G. DEVOTO, *Scritti minori*, I, Firenze, 1967, 89.

⁵¹¹ P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 106 s.

preso in esame è un ordinamento che faceva del formalismo rigoroso⁵¹³, dello stringente ritualismo (per cui l'agire 'esterno' della comunità era riconosciuto lecito soltanto se modellato sul rituale definito dalla tradizione)⁵¹⁴, della tipicità della *forma mentis* propria delle culture prevalentemente orali⁵¹⁵, nonché del 'performativismo'⁵¹⁶ le proprie note distintive. Di talché parrebbe alquanto difficile, se non impossibile, a mio giudizio, ritenere che in uno stesso momento venissero elaborate due formule divergenti quanto a significanti, ma perfettamente intercambiabili in quanto, sotto il profilo del significato, equipollenti. Lo ribadisco: una volta

⁵¹² Cfr., per tutti, P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 105, che parla - ma senza motivare - di equivalenza (il che, ovviamente è più giustificabile in una logica diacronica entro cui una formula è modello dell'altra).

⁵¹³ Secondo Weber, nel formalismo rigoroso «le caratteristiche giuridicamente rilevanti» hanno una loro «evidenza sensibile» (M. WEBER, *Economia e società*, III, Milano, 1995, 16).

⁵¹⁴ Cfr., ad esempio, R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza giuridica romana arcaica*, Torino, 1967, 216; A. CALORE, *'Per lovem lapidem'*, cit., 109 ss.

⁵¹⁵ Cfr. W.J. ONG, *Oralità e scrittura* 47 secondo cui in una cultura prevalentemente orale «modelli di pensiero fissi o formulaici erano indispensabili per il sapere e per un'efficiente amministrazione» Per A. MOMIGLIANO, *Le origini di Roma*, in *Roma arcaica*, Firenze, 1989, 22: «la scrittura compare a Roma intorno al 600 a.C.»; per S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 11, la scrittura risalirebbe «alla prima età regia»; vedi anche, con un'analisi molto dettagliata, E. PERUZZI, *Origini di Roma*, II, Bologna, 1973, 9 ss. e 81 ss. Sull'argomento, specialmente per quanto riguarda i documenti a carattere giuridico-religioso, cfr. F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, cit., 17 ss. e nt. 53. Comunque, anche se la presenza della scrittura si colloca in un periodo molto alto della storia di Roma, è indubbio che, a quel tempo, il suo scopo era di fissare la memoria dei rituali comunitari. Era cioè uno strumento riservato a pochi eletti, con una funzione importante ma limitatissima in una società organizzata sulla comunicazione orale. Ha ragione F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (1953²), trad. it., Firenze, 1969, 50-51, quando scrive che, nell'organizzazione sociale e politica della città, «la scrittura era puramente probatoria, era cioè il ricordo di un atto giuridico già pienamente compiuto; al più il documento poteva servire a semplificare la formula orale mediante riferimento ai dettagli contenuti nel documento». Bisognerà attendere il II secolo a.C. per assistere, grazie all'elaborazione dei giuristi Manilio, Giunio Bruto e P. Mucio Scevola, all'imporsi della scrittura come mezzo per la costruzione di "un vero e proprio pensiero analitico" (cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, 12-13).

⁵¹⁶ I *Verba certa* e *sollemnia* dovevano essere rigidamente canonizzati dagli usi della *civitas* con la facoltà di porre in essere validi rapporti: sul tema resta decisiva la riflessione di R. ORESTANO, *I fatti di normazione*, cit., 190 ss., risalente alla fine degli anni sessanta e sollecitata dalle ricerche che il De Francisci (*'Primordia civitatis'* è del 1959) andava conducendo sulle origini dell'esperienza giuridica romana alla luce degli studi di Wagenvoort sulla presenza del 'mana' nella primitiva religione romana e di Hägeström sul

fatta propria la tesi della simultaneità delle due versioni, è anche giocoforza ritenere anche alterità di significato.

Fatte queste debite premesse non resta che prendere in esame criticamente l'orientamento suvvisto che, concordemente, reputa «logico» collocare la formula (*rectius*: le formule) al più presto, a far tempo dalle riforme serviane: invero, in cosa consista tale logicità non mi riesce affatto di comprendere. Forse che prima di Servio non esisteva un popolo? O, forse, i fautori dell'orientamento che qui si contraddice ritengono che ciò che rende una comunità *populus* (o dotata di un *populus*) è solo la struttura centuriata? Roma, prima dell'esercito centuriato, forse non si difendeva con un esercito cittadino, pur esso essendo curiato? E la struttura - militare / politica - del popolo per curie, forse, non era, in potenza, già in sé idonea a spiegare il passaggio di molto successivo dal popolo come esercito al popolo come comunità assembleare (passaggio, invero, solo velocizzato, e non innescato, da Servio)?

La vulgata recepita da Prugni e da Prosdocimi per attribuire, ciascuno secondo la propria interpretazione, valore alla formula bimembre, non tiene conto di notevoli recenti scoperte. Lo Schiavone ha parlato icasticamente di un «fatto di rilievo»⁵¹⁷ verificatosi intorno alla metà dell'ottavo secolo a.C., coincidente con il momento indicato dalla tradizione antica prevalente circa la fondazione romulea dell'Urbe. Vero è, tuttavia, che questo avvenimento «epocale», a leggere le dense pagine scritte dall'insigne romanista, tanto epocale, invero, non sarebbe stato: e ciò in quanto esso si sarebbe risolto nella creazione di un primo spazio 'unitario', ossia nell'emersione di un nucleo certamente definibile come 'cittadino' sotto il profilo abitativo ed urbanistico, meno certamente (e assai più vagamente) sotto quello sociale ed istituzionale: questo primo ambiente, questa prima 'non-Roma',

magismo nel diritto arcaico romano. Anche A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, 70, nei suoi studi sull'origine del *ius*, riconosce alla parola 'opérateur', che richiama il concetto orestiano di parola con 'valore operativo', un'importante funzione nell'indagine sull'esperienza giuridica arcaica di Roma. Il modello qui richiamato è quello di "atto performativo" che John L. Austin distingue da quello 'constatativo' [*Quando dire è fare* (1962), trad. it., Torino, 1964, 158 ss.]. Con il primo sintagma si indica un enunciato (come per esempio 'prometto', 'giuro', 'battezzo') che esegue un'azione (*ibid.* 50-54). La frase pronunciata, anziché descrivere qualcosa, la costituisce (55 ss.): è quello che si dice anche «atto perlocutorio» (138-141). Condizione necessaria perché ciò si verifichi è l'esistenza di una «procedura convenzionale», la pronuncia cioè di certe parole, da parte di determinate persone, in particolari circostanze.

⁵¹⁷ A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 15 ss.

non avrebbe ancora integrato gli estremi della *civitas*, non avrebbe costituito insomma, una «organizzazione compiutamente politica». Il fatto di rilievo, nella sua indeterminatezza, si sarebbe ridotto così – prestandosi fede solo parzialmente al racconto tradizionale, ché una adesione totale sposterebbe dalla Grecia all'Italia la nascita della *polis* – alla mera inaugurazione del Palatino da parte di Romolo. Di poco le cose cambiano accedendo alla visione del Colonna, secondo cui il rito romuleo di fondazione non sarebbe affatto una anticipazione di una cerimonia dell'età dei Tarquini, atteso che le mura rinvenute dal Carandini «separano il Palatino dal restante e ben più esteso insediamento, con una operazione dal forte significato simbolico»⁵¹⁸: di contro, il complesso del Foro (con il santuario del fuoco sacro, la piazza pubblica, il *Comitium* e il *Volcanal*) e quello del Campidoglio (con il culto di Giove Feretrio), quale sintomi più appariscenti della nascita, sotto il segno dell'unità, del politico e del giuridico sono datati, a tutto concedere, al regno di Anco Marcio, laddove (a seguire il Fraschetti) il fatto di rilievo consisterebbe in una nuova «strutturazione socio-politica»⁵¹⁹, e sarebbe databile al terzo re, Tullo Ostilio. Tuttavia, i più recenti scavi archeologici collocano cronologicamente il santuario di Vesta e la prima pavimentazione del Foro in un lasso di tempo compreso tra il terzo quarto del secolo ottavo e il primo quarto del secolo settimo⁵²⁰: la nascita così risalente di una realtà urbana (aspetto materiale: *urbs*), non può dissociarsi dalla nascita contestuale (ovviamente primitiva) di una realtà cittadina (aspetto politico-giuridico: *civitas*)⁵²¹: e tale nuova realtà, che si inseriva

⁵¹⁸ G. COLONNA, *La disciplina etrusca e la città fondata*, in *Studi storici*, LII, 2004, 303 ss.; entusiastica la accettazione delle scoperte di Carandini da parte di A. GRANDAZZI, *Les origines de Rome*, Paris, 2003, 195 ss.; più tiepida, ma comunque da non sottovalutare, quella di D. BRIQUEL, *L'émergence de la cité*, in *La naissance de la ville dans l'antiquité*, Paris, 2003, 9 ss.; l'ipercriticismo pervade ancora invece P. FONTAINE, *Des remparts de Romulus aux murs du Palatin. Du mythe à l'archéologie*, in P.A. DEPROOST - A. MEURANT (eds.), *Images d'origines*, cit., 35 ss.

⁵¹⁹ A. FRASCHETTI, *Romolo*, cit., 62.

⁵²⁰ C. CARANDINI, *Remo*, cit., 144 ss., 185 ss., 235 ss.

⁵²¹ Tali dati contrastano palesemente con le ricostruzioni di numerosi storici che tendenzialmente cercano di differire il più possibile l'emersione del dato politico-giuridico rispetto alla tradizione (ora confermata dall'archeologia) : con la visione del Pallottino che prolunga la realtà dinamica e sfumata 'palatino-velienese' in età civica sino agli ultimi decenni del settimo secolo (M. PALLOTTINO, *Le origini di Roma*, in *Arch. Class.*, XII, 1960 ss.); sia con le tesi di Ampolo sul *Septimontium* (visto come lega di villaggida collocare tra il 770 a.C. e il 630 a.C.: cfr. C. AMPOLO, *La città arcaica e le sue feste: due ricerche sul Septimontium e l'Equus October*, in *Arch. Laz.*, IV, 233 ss.; vd., similmente, F. COARELLI, *Il Foro Romano*, I, cit., 299 ss.); sia con quella di Gabba che, con coerenza assoluta (mancante, invero, negli altri), ritiene inconciliabile la tesi della «grande Roma

quale 'centro di potere direzionale unificatore' di una pluralità di nuclei insediativi, aveva un proprio esercito, ossia un *populus* 'romuleo' levato per curie⁵²². Cade così, all'evidenza, la tesi sostenuta dal Prugni che vuole espresso, infatti, nella formula - a suo credere più risalente - PRQ-es un dualismo assembleare diacronicamente stratificato: ossia il più recente ordine centuriato contro quello curiato. Soluzione questa che - oltre ad essere poco persuasiva in virtù di quanto testé detto - non dà conto affatto, poi, del perché il più antico ordine delle curie - a differenza di quello seriore serviano - sia espresso con un sostantivo all'evidenza foriero del concetto di 'pluralità' ancora non unificata. Se, insomma, la nostra espressione «indica l'insieme dei Romani già in età antichissima, e non è possibile sostenere con metodo storico ... che diverse espressioni siano più antiche»⁵²³, allora, a mio credere, *populus* non può che suggerire il 'solo' l'esercito romano dei *primordia civitatis* (anche allora concetto intriso di una pregnante duplicità militare-politica)⁵²⁴, e non l'assemblea votante serviana o l'*exercitus centuriatus*.

Tali dati vanno necessariamente coordinati con la consapevolezza della scarsa plausibilità delle tesi elaborate intorno

dei Tarquini» formulata dal Pasquali (G. PASQUALI, *La grande Roma dei Tarquini*, in *Pagine stravaganti*, II, Firenze, 1968, 5 ss.) e la vulgata storiografica cui egli aderisce (cfr., paradigmaticamente, D. BRIQUEL, *Le sillon du fondateur. La lente genèse d'une cité*, in F. HINARD [ed.], *Histoire romaine*, I, *Des origines à Auguste*, Paris, 2000, 11 ss.; J. POUCKET, *Les Rois de Rome*, cit., 15 ss.; G. COLONNA, *I Latini e gli altri popoli del Lazio*, cit., 411 ss.) che vuole la nascita di Roma intorno al 630 a.C. (E. GABBA, *La Roma dei Tarquini*, in *Athenaeum*, LXXXVI, 1998, 5 ss.; Id., *Ancora sulle origini di Roma*, in *Athenaeum*, LXXXIX, 2001, 589 ss.).

⁵²² Cfr. P. FRACCARO, *La storia dell'antichissimo esercito romano*, cit., 96 ss.; Id., *La riforma dell'ordinamento centuriato*, cit., 105 ss.; A. MOMIGLIANO, *Studi sugli ordinamenti centuriati*, cit., 509 ss.; G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 252 ss.; H. LAST, *The Servian Reforms*, cit., 30 ss.; A. BERARDI, *Dagli ausiliari del rex*, cit. 19; A. ALFÖLDI, *Der frühromische Reiteradel*, cit., 87 s.; F. DE MARTINO, *Storia*, I, cit., 115 s.; A. GUARINO, *La rivoluzione*; cit., 63; P.M. MARTIN, *L'idée*, cit., 134; S. TONDO, *Profilo*, I, cit., 66 ss.; G. VALDITARA, *Studi*, cit., 155, nt. 57.

⁵²³ P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., 105.

⁵²⁴ Illuminanti, sul punto, le osservazioni di P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 737 ss. (che, nonostante la sua concezione dell'esercito come milizia regia consacrata sia da rigettare, correttamente riconduceva il *populus Romanus* ad età preserviana): esse non vengono affatto scalfite dalle osservazioni di G. PRUGNI, 'Quirites', cit., 144, nt. 68 (che, a fronte della originaria 'apoliticità' del termine, non riuscirebbe a spiegarsi la sua posizione formulaica primaria) atteso che da Dionigi pare ricavarsi l'originaria identificazione tra popolo romuleo, formato - il numero non mi pare casuale - da un numero lievemente superiore a tremila uomini, ed esercito (Dion. Hal. 1.87.3): il corpo dei *pedites*, nel numero di tremila, e quello dei *celeris*, guardia 'eletta' del corpo regale (Dion. Hal. 2.13; Liv. 1.13.6-8), nel numero di trecento.

a *vici* e *pagi*, da parte di De Sanctis⁵²⁵, di De Francisci⁵²⁶, e (quanto all'area di Veio) da parte di Ward-Perkins⁵²⁷ le quali, ciascuna secondo proprie sfumature, disconoscono o permettono di disconoscere, nella sostanza, la complessità della realtà protourbana: dette ricostruzioni appaiono oramai superate - sulla scorta dei dati archeologici rinvenuti ed elaborati dal corifeo della tesi della 'Stadtwerdung', Müller-Karpe⁵²⁸ - dalle posizioni più equilibrate e meno 'primitivistiche' assunte da Peroni⁵²⁹, Pallottino⁵³⁰, Colonna⁵³¹, che hanno attribuito ai centri preromulei il loro effettivo peso collocandoli in una dimensione ben più evoluta rispetto alle ricostruzioni incentrate sugli agglomerati di villaggi. Sono le curie (e non i villaggi) quelle realtà che, seppur ancora disperse, preesistono - forse come *Septimontium*⁵³² - alla fondazione di Roma (come i *quirites* precedono i Romani), come attestano i riti cerimoniali (*fordicidia*, *fornacalia*) a loro legati e le competenze esclusive (*adrogatio*, *testamentum*) circa quel diritto gentilizio che precede cronologicamente il *ius civile* come le *gentes* precedono la *civitas*⁵³³: la fondazione romulea unificherà in Roma i *quirites*, la *civitas* ricomprenderà in sé le curie.

Possiamo cercare di tirare le fila del discorso. Il membro formulaico '*quirites*' indica una forma più antica di organizzazione territoriale (in ciò il rilievo di prosdocimi circa la diacronia interna è da seguire), antecedente alla fondazione della *civitas* e quindi

⁵²⁵ G. DE SANCTIS, *Storia*, I, cit., 186 ss., secondo cui i *pagi* sono suddivisioni artificiali del terreno presupponenti la città.

⁵²⁶ P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 134 ss., che considera *vici* come piccoli raggruppamenti di popolazione abitante su *montes* e *Collis*, *pagi* come fondovalle di *montes* e *Collis*.

⁵²⁷ J.B. WARD-PERKINS, *Veii. The Historical Topography of Ancient City*, in *Papers of the British School at Rome*, XXXIX, 1961, *passim*; *Id.*, *Landscape and History in Central Italy*, Oxford, 1965, *passim*; *Id.*, *Cities of Ancient Greece and Italy: Planning in Classical Antiquity*, New York, 1974, *passim*.

⁵²⁸ H. MÜLLER-KARPE, *Vom Anfang Roms*, Heidelberg, 1959, 39 ss.; A. MOMIGLIANO, *An Interim Report on the Origins of Rome*, in the *JRS*, LIII, 1963, 95 ss. (sulla necessità di non disancorare il dato archeologico dalle informazioni letterarie).

⁵²⁹ Cfr. R. PERONI, *Formazione e sviluppi dei centri protourabi medio-tirrenici*, cit., 26 ss. H. MÜLLER-KARPE, *Vom Anfang Roms*, Heidelberg, 1959, 39 ss.

⁵³⁰ M. PALLOTTINO, *Le origini di Roma: considerazioni critiche sulle scoperte e sulle discussioni più recenti*, in *ANRW*, I.1, 1972, 22 ss.; F. DELPINO - R.E. LININGTON - M. PALLOTTINO, *Alle origini di Tarquinia: scoperta di un abitato villanoviano sui Monterozzi*, in *SE*, XLVI, 3 ss.

⁵³¹ Cfr. G. COLONNA, *Aspetti culturali della Roma primitiva: il periodo orientalizzante recente*, in *Arch. Class.*, XVI, 1964, 1 ss.; C. AMPOLO, *Sulla formazione della città di Roma*, in *Opus*, II, 1983, 425 ss.

⁵³² Fest. 474 Lindsay; Varr. 6.24.

⁵³³ G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio*, cit., 261 ss., 291 ss, 315 ss.

antecedente alla creazione di un unitario *populus*: indi prima di PRQ-es (indice del nuovo sistema giuridico religioso) non esisteva un *populus Quiritium Quirites*, e ciò perché non esisteva un *populus* di Quirites (gli uomini delle curie, infatti, al più si radunavano in comitia non militari⁵³⁴). Di poi, attesa - comparatisticamente - la similitudine con la formula di Gubbio (a mente dei rilievi sopra messi in luce circa le differenze intercorrenti nei due casi) che paratatticamente giustappone il *poplo totar iiouinar* alla *tota iiouina*, ossia l'elemento parziale militare all'elemento totale (indifferente alla caratterizzazione in senso militare o civile), PRQ-es può essere intesa come formula totalizzante del nuovo sistema romuleo in cui, come sopra si accennava, popolo (in senso a-militare) ed esercito pressoché corrispondono⁵³⁵: Romolo fonda Roma e, così facendo, centralizza - all'insegna dell'unità - nel *regnum* il preesistente sistema pluralistico dei *quirites* (che non si dissolvono nell'ente astratto 'popolo', ma rimangono portatori delle loro singole identità); essi, quali maschi atti alle armi, costituiscono *ex novo* il *populus* curiato (ossia l'esercito romuleo avente quali quadri di leva le trenta curie). Roma si riconosce nella convergenza del passato con il presente. Il sistema curiato, infatti, sopravvive (e il membro formulaico *quirites* attesta questo forte legame con il passato, con la realtà protourbana). Tuttavia, se Roma si identificasse *in toto* in esso (cioè si esaurisse nel sistema curiato), l'atto giuridico-religioso di Romolo sarebbe stato sola vana retorica, la realtà istituzionale muterebbe nome ma non sostanza: Roma, infatti, non è solo *curiae*, ma è *regnum* e i quiriti danno vita alla (nuova) istituzione del *populus*, che infatti non è - primariamente - aggettivato con *Quiris*, ma è, nella sua novità, *Romanus*. Questo il primitivo senso di PRQ-es, che presuppone una ridotta comunità maschile (tremila individui secondo Dionigi), in cui elemento civile e militare si compenetrano. A questa formula si affianca PRQ-ium: qui non si sottolinea più la totalità del *regnum* nel suo dualismo 'separato' (i.e.: il *populus Romanus* è la parte del tutto, i *Quirites*), ma la totalità solo militare (il *populus*) i cui elementi costitutivi sono i *vir* delle curie. In ciò starebbe la differenza tra le due formule: la prima indicava Roma quale realtà giuridica-politica-religiosa sovrapposta al sistema curiato precedente; la seconda designava unicamente l'esercito romano curiato.

Iure caesus esto e ita ius esto: soggettività o oggettività?

⁵³⁴ Del rilievo, corretto, sono debitore di G. PRUGNI, 'Quirites', cit., 136.

⁵³⁵ Dion. Hal. 1.87.3; Dion. Hal. 2.13; Liv. 1.13.6-8.

Aulo Gellio, se nel ventesimo libro delle *Noctes Atticae* sottolinea per mezzo della strenua argomentazione difensiva di Cecilio Africano – entro la celebre cornice della disputa col filosofo Favorino di Arles – la ‘raffinata’ tecnica legislativa impiegata dai decemviri⁵³⁶ nel dar forma, con sapienza ed equilibrio, ad un sistema di repressione capace di modularsi a seconda delle diversità delle singole fattispecie, nel libro undicesimo rammenta – anche se ciò, *prima facie*, parrebbe imporsi, inevitabilmente, quale *exemplum* corroborante la posizione favoriniana – come in due casi fosse parimenti lasciata al derubato l’esecuzione capitale del ladro⁵³⁷: *decemviri autem nostri, qui post reges exactos leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. Nam furem, qui manifesto furto prensus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdum telo se, cum prenderetur, defenderet*⁵³⁸. Vero è, invece, che il contesto in cui si colloca questo passaggio – che segue la rapida descrizione del diritto ateniese sulla persecuzione del medesimo illecito⁵³⁹ – in nulla supporta le

⁵³⁶ Raffinata, ovviamente, se inserita nel contesto socio-economico e culturale della metà del quinto secolo a.C. (cfr., *supra*, quanto già detto nel capitolo primo alle pagg. 1 ss.). Per Cecilio Africano, infatti, la lettura del mondo antico – già lo si è rilevato – dovrebbe basarsi su un restauro di tipo antiquario del linguaggio e delle pratiche sociali, per un recupero della genuina intenzione (*mens*) degli antichi legislatori: e tutto ciò nell’ambito sia di una ‘filologia’ capace di accertare e misurare la diversità e la distanza delle parole, dei pensieri e dei fatti (con riguardo ad un mondo così remoto nel tempo), sia di una rappresentazione ‘razionale’ e, perciò, anche «attratta nel presente» degli scopi orientanti l’attività di «quegli antichi governanti del popolo romano» (F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 17 s.). Si tratta, cioè, di quell’atteggiamento mentale che ho voluto definire ‘coscienza del mutevole’ e ‘volontà di giustificazione del passato’, avverso gli estremismi aprioristici di cui Favorino s’è, in un primo momento, fatto portavoce nel quadretto gelliano (cfr. D. 9.4.2.1 e Gell. 20.1.22).

⁵³⁷ Ma vedremo come, nonostante l’effetto – ossia, in buona sostanza, la liceità dell’uccisione – fosse il medesimo, la *ratio* delle due disposizioni, alla lente di attuali concettualizzazioni, fosse sostanzialmente differente (cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo).

⁵³⁸ Gell. 11.18.6-7.

⁵³⁹ Gell. 11.18.1-5: *Draco Atheniensis vir bonus multaque esse prudentia existimatus est iurisque divini et humani peritus fuit. Is Draco leges, quibus Athenienses uterentur, primus omnium tulit. In illis legibus furem cuiusmodicumque furti supplicio capitis poeniendum esse et alia pleraque nimis severe censuit sanxitque. Eius igitur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, non decreto iussoque, set tacito inlitteratoque Atheniensium consensu obliteratae sunt. Postea legibus aliis mitioribus a Solone compositis usi sunt. Is Solo e septem illis inclutis sapientibus fuit. Is sua lege in fures non, ut Draco antea, mortis, sed dupli poena vindicandum existimavit.*

ragioni del filosofo: Gellio, rimarcando come i decemviri *'neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt'*, con uno spiccato senso comparatistico (cui si somma quello per la diacronia), altro non intende fare che porsi sulla medesima strada percorsa da Africano, onde vagliare con la lente della *'ratio'* il mondo giuridico del passato (sia greco che romano) e, in tal modo, evidenziare il pressapochismo sia di quelle visioni che *a priori* contrappongono il *praesens* al *praeteritum* come una antitesi assoluta tra razionalità e violenza, sia di quelle che si adagiano, *contra rationem*, sull'*argumentum antiquitatis*⁵⁴⁰.

Oramai quasi quarant'anni or sono Bernardo Albanese scriveva, in quella rapida voce enciclopedica che compendia i suoi due fondamentali e argomentatissimi contributi sulla nozione preclassica e classica del furto, che «nell'età decemvirale il *furtum* - la parola ha acquisito, ormai, anche un valore astratto, e designa, quindi, un particolare atto illecito di diritto privato, mentre la più antica sua accezione (ancora presente, del resto, nel linguaggio decemvirale) era, a giudizio comune, tutta concreta, e si applicava all'oggetto 'portato via' (*furtum* da *ferre*, appunto) - si può correttamente definire come l'atto illecito consistente nel 'portar via illecitamente una cosa mobile ad altri (o sottrarre una persona libera sotto altrui potestà)»⁵⁴¹. Siffatta nozione «estremamente ristretta e semplice» si andava tuttavia a contrapporre alla dettagliata ricostruzione della disciplina decemvirale, la quale presentava una corposa serie di «difficoltà tutt'altro che definitivamente chiarite ... in dottrina»; così puntualizzava l'insigne studioso prima di concludere, quasi amaramente, con le seguenti parole: «in particolare, gravissimi problemi sono costituiti dalla portata decemvirale delle nozioni di *furtum manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum* e *oblatum*; dalle relative pene; dai relativi procedimenti di determinazione dell'esistenza del delitto»⁵⁴².

⁵⁴⁰ F.P. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 54.

⁵⁴¹ B. ALBANESE, voce *Furto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 314.

⁵⁴² B. ALBANESE, voce *Furto (dir. rom.)*, cit., 314. Vd., più ampiamente, B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, Palermo, 1953, 8 ss., in opposizione alla tesi di P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 22 ss. che riteneva sin *ab origine* (età regia e proto-repubblicana) il furto una fattispecie ampia tanto quanto quella dell'età della media e tarda repubblica. Sulla non correttezza, per altro, della tesi del Bruns (*'Fontes Iuris Romani Antiqui'*, Gradenwitz - Tübingen, 1909, 30 ss., cui pare aderire E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 174 ss., 344, nt. 48) il quale collega l'atto magico del *fruges excantare* al *damnum iniuria datum* e il *segetem alienam pellicere* al *furtum*, il primo risolvendosi nella distruzione delle messi liberate dalla *spica* e fatte marcire, il secondo nel trasferimento *lucranda causa* delle messi altrui, cfr., con ampio ragguaglio di bibliografia, F. ZUCCOTTI, '...

Iniziamo, quindi, seguendo il consiglio sotteso alle parole dell'Albanese, dalla trattazione di quelle figure che, *prima facie*, non parrebbero costituire una fonte eccessivamente ricca di problemi quanto a ricostruzione degli elementi oggettivi di integrazione della fattispecie ('Tatbestand') e quanto agli effetti sanzionatori conseguenti: mi riferisco, ovviamente, al caso del ladro sorpreso a rubare durante la notte (la cui *lex* è per certi versi assimilabile alla disposizione solonica studiata nel pregresso capitolo⁵⁴³) e a quello del ladro diurno *qui se telo defendit* (di primo acchito analogo alla norma dracontina riportata nel § 60

Qui fruges excantassit...'. Il primigenio significato animistico-religioso del verbo 'excanto' e la duplicità delle previsioni di XII Tab. VIII. 8, in Atti del III Seminario Romanistico Gardesano, Milano, 1988, 83 ss. e ntt. 1 ss. (il quale - per certi versi assai arditamente - vede nel primo atto la rimozione del potere vitale di un qualunque oggetto, nel secondo, una fascinatō che rimuove la materialità dell'oggetto). Da ultimo, vd. J.B. RIVES, Magic in the XII Tables Revisited, in CQ, LII, 2002, 270 ss., secondo cui - persuasivamente - l'excanatare e il pellicere indicherebbero due pratiche magiche differenti sì quanto ai mezzi impiegati (carmina e venena), ma teleologicamente volte allo stesso risultato, ossia: «to the removal of crops from another person's field, specifically as accomplished through non physical means», dacché «it is likely that the decemviri proposed such a law in response to widespread suspicion that some people were using carmina and venena to increase their own harvest at expense of others» (J.B. RIVES, Magic in the XII Tables, cit., 279). Il processo verisimilmente multitalico in quanto instaurato dinanzi ai comitia tributa (cfr., in tal senso, L. GAROFALO, Il processo edilizio. Contributo allo studio dei 'iudicia populi', Padova, 1989, 103 s., contro la poco persuasiva ricostruzione di A. ZOCCO-ROSA, L'età preistorica e il periodo teologico-metafisico del diritto penale a Roma, Catania, 1884, 65 e di R. BAUMAN, Criminal Prosecutions by the 'Aediles', in Latomus, XXXIII, 1974, 257, nt. 78), subito da Furio Cresimo nel 191 a.C. (vd., per la data, T.R.S. BROUGHTON, The Magistrates of the Roman Republic, I, New York, 1951, 492), è vicenda esemplare, io credo, come dimostrazione del fatto che la pratica magica dell'excantare o (più precisamente, nel caso di specie) del pellicere veneficiis non fosse fattispecie assimilabile al furto nella sua più risalente strutturazione (così, invece, E. CANTARELLA, I supplizi capitali, cit., 174 s., che interpreta il passo come significativo di un «impossessarsi delle messi altrui», da parte di Cresimo, per il tramite di «formule magiche», avverso l'ipotesi del fruges excantare ossia del «gettare il malocchio su un campo al fine di rovinare il raccolto», mentre a mio avviso - come dirò meglio a breve - non si tratta di un materiale impossessamento, ma di un trasferimento da un campo all'altro della 'capacità di produzione'). I vicini di Cresimo, invidiosi della produzione di fruges da parte del piccolo fazzoletto di terra di proprietà dell'industrioso liberto, produzione ben maggiore rispetto a quella del loro più esteso podere, supponevano che egli stesse trasferendo nel proprio campo la 'produttività' e la 'fertilità' delle loro messi, donde l'instaurazione da parte dell'edile Spurio Albino del processo per multa (Plin. nat. hist. 18.8.41-43: Furius Cresimus e servitute liberatus, cum in parvo admodum agello largiores multo fructus perciperet, quam ex amplissimis vicinitas, in invidia erat magna, ceu fruges alienas perliceret veneficiis. 42. Quamobrem ab Spurio Albino curuli aedile die dicta metuens damnationem, cum

dell'orazione demostenica contro Aristocrate⁵⁴⁴): e ciò, invero, «sebbene sia assai controversa la possibile configurazione stessa di tali fattispecie come fattispecie a sé stanti di furto»⁵⁴⁵.

Pare comunque verisimile che - come è agevole ricavare anche dalle parole dell'Albanese sopra riprodotte - i decemviri siano intervenuti con profondità nella materia del furto rispetto al pregresso regime di diritto consuetudinario⁵⁴⁶: da un lato, infatti, le XII Tavole testimoniano una puntuale distinzione tra differenti *species* del *genus* 'furtum', dall'altro sono sintomatica espressione di un *processus iuris* che è tendenzialmente diretto a circoscrivere ai casi più eclatanti l'uso della forza privata in funzione di autodifesa ossia di quell'attività «che il privato pone in essere, indipendentemente dagli organi dello Stato» e che può avere quale fine «la conservazione dello *status quo*, ed allora abbiamo la cosiddetta difesa privata preventiva, o il ristabilimento dello *status quo*. E si viene così a configurare la difesa privata reattiva»⁵⁴⁷.

in suffragium tribus oporteret ire, instrumentum rusticum omne in forum attulit et adduxit familiam suam validam atque, ut ait Piso, bene curatam ac vestitam, ferramenta egregie facta, graves ligones, vomeres ponderosos, boves saturos. 43. Postea dixit: Veneficia mea, Quirites, haec sunt, nec possum vobis ostendere aut in forum adducere lucubrationes meas vigilasque et sudores. omnium sententiis absolutus itaque est. profecto opera, non inpensa, cultura constat, et ideo maiores fertilissimum in agro oculum domini esse dixerunt). Se retrodatiamo l'evento dal secondo al quinto secolo a.C. ben si comprende come, in teoria, non risultino integrati affatto gli estremi del 'Tatbestand' del *furtum* più antico ('materiale sottrazione' di 'cosa mobile': B. ALBANESE, VOCE *Furto* [dir. rom.], cit., 314), e benché agli inizi del secondo secolo la pena fosse solo una multa, è pacifico che in epoca decemvirale una condotta tale quale quella imputata a Cresimo fosse stata repressa con la sanzione estrema in funzione di *supplicium*: avendo a mente le due figure (*furtum/pellicere veneficiis*), né la struttura degli illeciti, né l'interesse protetto, né le conseguenze negative previste dal sistema mi parrebbero in qualche modo omologabili (cfr. R. GORDON, *Imagining Greek and Roman Magic*, in B. ANKARLOO - S. CLARCK [ed.], *Witchcraft and Magic in Europe: Ancient Greece and Rome*, Philadelphia, 1999, 253 s.).

⁵⁴³ Vd., altresì, per taluni utilissimi spunti comparatistici (seppure non sempre condivisibili), L. PEPE, *Ricerche*, 11 ss., 23 ss., 132 ss.

⁵⁴⁴ Cfr. la puntuale disamina operata da L. PEPE, *Ricerche*, cit., 35 ss.; vd., altresì, per un incisivo ragguaglio sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 237 ss.

⁵⁴⁵ R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica*, Napoli, 1990, 57 ss.

⁵⁴⁶ *Contra*, cfr. P. STEIN, *'Regulae iuris'*, Edinburgh, 1966, 3 ss.

⁵⁴⁷ L. ARU, *Appunti*, cit., 114 (sulla cui incidentale 'indipendentemente dagli organi dello Stato', si avrà modo di dire oltre in senso critico); E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1931, 627 s.; sul punto vd., altresì, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 259 ss.; L. GAGLIARDI, *'Iure caesus esto'*, in *Labeo XLV*, 1999, 428 s., 436.

Tale limitazione fu comunque tale da lasciare in vita due ipotesi - quelle appena sopra succintamente descritte - in cui ancora sarebbe lecito intravedere sfumato, entro la cornice di una *civitas* con pretese sempre più pressanti di ingerenza⁵⁴⁸, quale riproduzione di più antichi *mores*, il paradigma della vendetta valevole, in epoche precedenti alla codificazione decemvirale⁵⁴⁹, in modo estesamente indifferenziato e indistinto.

Come poc'anzi rilevavo, il collegio dei decemviri decise di consacrare, sebbene - stando almeno a quanto la dottrina maggioritaria è oggi disposta a credere - per ragioni e con presupposti differenti, il principio dell'impunità per il derubato nel caso di uccisione del ladro (sussistenti certe condizioni fattuali). Ciò è attestato, anzitutto, dalla disposizione (collocata, tradizionalmente, dagli editori come *lex 12 della tabula 8*)⁵⁵⁰ *'si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto'*⁵⁵¹; disposizione che, conosciuta nella sua integrale formulazione grazie a Macrobio⁵⁵²,

⁵⁴⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression du vol flagrant et du vol non-flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Rariora*, Roma, 1946, 200 (da cui si citerà nel prosieguo del presente scritto; ma pubblicato anche in *Al Qanoun Wal Iqtisad*, II, 1932, nonché in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974): «l'opinion la plus répandue parmi les romanistes appuie la différence entre les moyens de répression un fondement psychologique. La vengeance privée, qui était l'origine la sanction normal des délits, s'exerçait d'une manière différente suivant que le voleur se lassait surprendre ou que sa coupabilité n'était prouvé qu'après coup au moyen de témoignages: dans la première hypothèse, la réaction du volé était irréfléchie et brutale; dans la seconde, elle était mitigé par la réflexion. Il est vrai, ajout-on, que le système de la vengeance privée a été de plus en plus combattu par l'Etat, jusqu'à élimination complète; mais cela ne s'est fait que par petites étapes, et la loi des XII Tables représente, dans la matière du vol comme dans beaucoup d'autres, une période de transition, où la composition était imposée en cas de vol non flagrant tandis qu'elle était laissée à la discrétion du volé en cas de vol flagrant».

⁵⁴⁹ Vendetta alla quale il responsabile, presuntivamente, era ammesso a sottrarsi offrendo o al soggetto passivo dell'offesa o, se del caso, al gruppo familiare di quest'ultimo una compensazione della lesione subita: cfr., per tutti, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano, 1998, 60 ss., E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss.: la città sarebbe progressivamente intervenuta onde definire in quali casi la vendetta fosse stata obbligatoria (omicidio volontario), lecita ma non doverosa (furto manifesto), del tutto esclusa (omicidio colposo).

⁵⁵⁰ S. RICCOBONO, *'Leges'*, cit., 57.

⁵⁵¹ Rilevo già da ora la ricostruzione operata, da ultimo, da Michel Humbert: *'si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto'*, che, essenzialmente sulla base di D. 9.2.41, è convinto di una necessaria *endoploratio* pure per il caso di furto notturno (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, in M. HUMBERT [ed.], *Le Dodici Tavole*, cit., 19, nt. 41).

⁵⁵² Macrobio, più precisamente, riporta il versetto decemvirale, onde rimarcare l'uso antico di *nox* in funzione avverbiale al posto dell'ablativale *noctu*,

trova conferma formale in note erudite di Gellio e di Festo, nonché negli studi dei tardi grammatici latini Carisio e Prisciano⁵⁵³, mentre è sostanzialmente ricordata in numerosissime fonti tecniche e atecniche che coprono un lasso di tempo che congiunge il primo secolo a.C. all'epoca diocleziana-costantiniana (tra terzo e quarto secolo d.C.)⁵⁵⁴. La non punibilità, in secondo luogo, è attestata dal dettato – invero maggiormente incerto – di altro precetto decemvirale che (inserito sempre dal Riccobono, come *lex 13*, nella *tabula 8* del diritto penale)⁵⁵⁵ recita '*luci ... si se telo*⁵⁵⁶ *defendit ... endoque plorato*⁵⁵⁷ e che – forse senza sufficienti cautele – sovente è stato accostato, in forza di una palese analogia linguistico-

col seguente dettato: *non esse ab re puto hoc in loco id quoque ammonere, quod decemviri in duodecim tabulis inusitatissime nox pro noctu dixerunt. Verba haec sunt: 'SI NOX FURTUM [FACTUM SIT] <FAXIT> SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO': in quibus verbis id etiam notandum, quod ab eo quod est is non eum casu accusativo sed im dixerunt. (Macr. saturn. 1.4.19). Sulla correzione [FACTUM SIT] <FAXIT>, generalmente riconosciuta in dottrina già a partire dal Cuiacio (*Opera*, III, *Observationes*, XI.27, Napoli, 1722, 318) si è, però, opposto – invero poco persuasivamente – P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 22, nt. 2.*

⁵⁵³ Il tenore letterale del precetto '*si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*', più precisamente, trova sostegno in Gellio, là dove l'erudito rammenta l'uso dell'accusativo arcaico *im* in luogo di *eum* (Gell. 8.1: *hesterna noctu rectene an cum vitio dicatur et quaenam super istis verbis grammatica traditio sit; item quod decemviri in XII Tabulis nox pro noctu dixerunt*) e in Festo (Fest. voce '*im*' [Lindsay 92]: *im ponebant pro eum a nominativo is; vd., altresì, Glossae graeco-latinae* [Goetz], II, 251.49; *Glossae latino-graecae* [Goetz], II, 75.19; 77.21; 77.23; 252.8.). Per le notazioni dei grammatici latini, vd. Carisio (*Charis. inst. gram.*, in H. KEIL, *Grammatici Latini*, I, Lipsiae, 1857, 133: *im pro eum. nam ita Scaurus in arte grammatica disputavit antiquos im ques hunc eundem significare consuesse et declinari ita, is ei eum vel im, numero plurali is, ut locutus Pacuvius in Medo: Ques sunt is? Ignoti necio ques*), e Prisciano (*Prisc. inst. gram.* [6.93], in H. KEIL, *Grammatici Latini*, II, cit., 278: *si luci, si nox, si mox, si iam data sit frux*).

⁵⁵⁴ Sotto l'aspetto contenutistico, il precetto in parola, infatti, è ribadito in Gaio (Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*); in Cicerone (Tull. 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat; et legem antiquam de legibus sacratis, quae impune occidi eum qui tribunum pl. pulsaverit; Mil. 3.9: quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?*); in Seneca il Retore (*Contr.* 10.6.2: *lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur*), in Quintiliano (*inst. orat.* 5.14.18: *et a ratione fas est incidere deinde concludere, ut ibidem: 'quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet'*); in Gellio (11.18.6-7: *decemviri autem nostri, qui post reges exactos*

formale (i.e. quella data dall'impiego del verbo *plorare*), a quelle *leges regiae* che, risalenti alla co-reggenza latino-sabina di Romolo e Tito Tazio nonché alla monarchia di Servio Tullio, come conservateci in Festo, sanciscono la *consecratio* del *puer* (e della *nurus*) *verberans* dopo la *ploratio* del *parens* (Fest. voce '*plorare*' [Lindsay 260]: *plorare, flere [inclamare] nunc significat, et cum praepositione inplorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. in regis Romuli et Tatii legibus: 'si nurus ..., <nurus> sacra divis parentem estod'. In Servi Tulli haec est: 'si parentem puer verberit, ast olle plorassit pares, puer divis parentum sacer*

*leges, quibus populus Romanus uteretur, in XII tabulis scripserunt, neque pari severitate in poeniendis omnium generum furibus neque remissa nimis lenitate usi sunt. 7. Nam furem, qui manifesto furto pressus esset, tum demum occidi permiserunt, si aut, cum faceret furtum, nox esset, aut interdiu telo se, cum prenderetur, defenderet; 20.1.7: dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit). Cfr., altresì, Coll. 7.1-2: quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat. Moyses dicit: 'Si perfodiens nocte parietem inventus fuerit fur et percusserit eum alius et mortuus fuerit hic, non est homicida is qui percusserit eum. Si autem sol ortus fuerit super eum, reus est mortis percussor: et ipse morietur' (vd., altresì, Libro siro-romano § 77; Schol. ad Bas. 60.3.4). Se sino al secondo secolo d.C. gli autori antichi non esitavano ad affermare la vigenza del principio decemvirale, Paolo e Ulpiano ci testimoniano una inversione di corrente: il primo, infatti, ritiene 'preferibile' la consegna del colpevole ai giudicanti; il secondo, invece, reputa non più ammissibile l'esecuzione privata, qualora il derubato sia in grado di catturare il *fur*: Coll. 7.2.1 (Paul. 5 ad legem Corneliam de sicariis et veneficis): *si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit* (cfr. Paul. Sent. 5.23.9); Coll. 7.3.1-3 (Ulp. 8 ad edictum sub titulo *si quadrupes pauperiem dederit*): *iniuria occisum esse merito adicitu; non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit. 2. Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur; Ulp. 37 ad ed. D. 48.8.9: *furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit*. Parimenti, possiamo ricordare atteggiamenti simili a quelli dei giuristi severiani in Prochirion 39.4, nella Epanagoge legis, 40.4, in Bas. 60.12.54; nella Synopsis Basilicorum K. 19.20; nella Epanagoge aucta 52.4; nello Hexabiblos 6.5.3-4.**

*esto'. Id est <in>clamarit, dix<erit diem'>)*⁵⁵⁸. Una volta esclusa – come pare opportuno – l'analogia dei due '*plorare*' sotto il profilo della valenza processuale probatoria, infatti, neppure riterrei esatto sostenere l'assimilabilità del regime previsto a favore del derubato *plorans* a quello del *parens*, nei seguenti termini: se il *fur manifestus qui se telo defendit*, a seguito della *ploratio*, «era esposto all'uccisione immediata da parte del derubato, *ipso facto*, senza processo alcuno, nella drammaticità estrema delle circostanze», allora «sembra estremamente probabile che identico regime ricorresse nel caso del *parens verberatus*» (ovviamente

⁵⁵⁵ Ma sull'erronea collocazione dei due precetti decemvirali, vd. ampiamente O. DILIBERTO, *Materiali*, I, cit., 347 ss., nonché – più succintamente – P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 15 ss.

⁵⁵⁶ Cfr. Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55(54).2: *furem interdum deprehensum non aliter occidere lex duodecim tabularum permisit, quam si telo se defendat. teli autem appellatione et ferrum et fustis et lapis et denique omne, quod nocendi causa habetur, significatur*; Gai. 1 *ad XII tab.* D. 50.16.233.2: '*telum*' *volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur: sed non minus omne significatur, quod mittitur manu: ita sequitur, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur: dictumque ab eo, quod in longinquum mittitur, graeca voce figuratum* φπὸ τοῦ τέλου *et hanc significationem invenire possumus et in graeco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βῆλοῖ ἀπὸ τοῦ βῆλλος.* Cfr., sul punto, O. DILIBERTO, *Una palingenesi*, cit., 225; Id., *Materiali*, I, cit., 357 ss.

⁵⁵⁷ Ricostruisce Humbert: '*luci si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41). Cfr. Cic. Tull. 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat*; Cic. Tull. 21.50: *furem, hoc est praedonem et latronem, luci occidi vetant XII tabulae; cum intra parietes tuos hostem certissimum teneas, nisi se telo defendit, inquit, etiam si cum telo venerit, nisi utetur telo eo acrepugnabit, non occides; quod si repugnat, endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient*; Fest. voce '*sub vos placo*' (Lindsay 402): *sub vos placo in precibus fere cum dicitur significat id quod supplico, ut in legibus: transque dato et endoque plorato*; Fest. voce '*plorare*' (Lindsay 260): *plorare flere [in]clamare nunc significat, et cum praepositione implorare, id est invocare: at apud antiquos plane inclamare. In regis Romuli et Tatii legibus: 'si nurus ..., <nurus> sacra divis parentem estod'. In Servi Tulli haes es: 'si parentem puer verberit, ast olle plorassit pares, puer divis parentum sacer esto'. Id est <in>clamarit, dix<erit diem'>*. Come ha sottolineato (ma non credo del tutto correttamente) A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit, si im occisit iure caesus esto*', in O. DILIBERTO (ed.), *Il problema della pena*, cit., 245, «la sola differenza normativa tra le due ipotesi starebbe appunto nella circostanza che, nel secondo caso, si richiedeva un particolare comportamento del derubato (*endoploratio*) che non sarebbe stato invece richiesto nel primo». Vero è, invece, che Gaio (D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur*) parrebbe differenziarsi dalle altre fonti in materia in quanto affermerebbe la necessità della *endoploratio* (intesa, *apertis verbis*, nel passo come *testatio clamore*) per l'uccisione anche del *fur nocturnus*, al tempo delle XII Tavole (ugualmente a Bas. 60.12.54; Synopsi Basilicorum K. 19.20; Hexabiblos 6.5.3-

sempre a seguito della sua *ploratio*⁵⁵⁹. Funzione, destinatari e conseguenze, delle due *plorationes* non mi paiono in alcun modo omologabili⁵⁶⁰. La *ploratio* del derubato, difatti, non era diretta a procurarsi testimoni (ché, sul versante probatorio, era il *furtum* in questione già di per sé *manifestum*), ma, verisimilmente, aveva come originario destinatario il *fur*⁵⁶¹ ed era, in buona sostanza, un mezzo deterrente, volto ad indurre quest'ultimo a non opporsi; tale *ploratio*, inoltre, non rendeva affatto il *fur* un *homo sacer* (vale a dire un *homo* destinato ad una divinità e, quindi, ad essa appartenente⁵⁶²), ma, come meglio si vedrà oltre, traduceva il *fur*

4): se una minoranza ritiene che l'*endoploratio* dovesse postularsi pure per il caso del ladro notturno, data l'importanza da attribuire alla collettività (A. PALMA, *'lura vicinitatis'. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano nell'età classica*, Torino, 1988, 89 ss.; P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 33 ss.), di contro, i più sostengono che la frase gaiana sia stata interpolata (cfr. A. BERGER, *Dig. 9.2.4.1 und das 'endoploratio' der Zwölftafeln*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, I, Padova, 1935, 381 ss.; L. ARU, *Appunti*, cit., 130 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 405 ss.; L. GAGLIARDI, *'lure caesus esto'*, cit., 428 s. nt. 37); vd., però, le persuasive intuizioni di A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, in *Id.*, *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, 180 ss., secondo cui non sarebbe necessario postulare una menda formale del testo gaiano, ma sarebbe possibile giustificare la divergenza, rispetto alle altre fonti, del dettato del giurista del secondo secolo d.C. (seguito dai bizantini) semplicemente con «la distanza di tempo e di mentalità tra le tavole decemvirali e Gaio»; distanza che avrebbe indotto Gaio stesso - sulla scorta di Cicerone - a cadere nell'equivoco: col tempo divenuta l'*endoploratio* - interpretata dall'autore come originaria invocazione al ladro - istituto misterioso, Gaio l'avrebbe confusa con la necessità di provare a mezzo di testimoni la non integrazione del reato di omicidio, e quindi di provare un contegno integrante la provocazione lecita della morte di un soggetto (il quale avrebbe posto in essere ovvero avrebbe tentato di porre in essere un furto o di notte o di giorno ma con l'uso della violenza). Avrò modo oltre di pronunciarmi sul punto, seppur congetturalmente, in modo più personale.

⁵⁵⁸ Sull'analogia con la legge regia che subordina la *consecratio* del *puer verberans* alla *ploratio* del *parens verberatus*, si sofferma, anzitutto, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 12 s., onde corroborare la tesi secondo cui, da un lato, la *lex regia* farebbe discendere la consacrazione «non dalle percosse, ma dall'invocazione paterna», dall'altro, per l'irrogazione della sacertà si renderebbe necessario un giudizio: e ciò, sostiene lo studioso, «giacché è indubbio che l'oltraggio è di per sé sufficiente a esporre il figlio alla vendetta divina, e quindi non può essere che al fine di procurarsi testimoni della violenza subita, in vista di un futuro processo contro l'offensore che la legge richiede che il fatto punibile si sia manifestato esteriormente con le invocazioni dall'offeso» (pensiero, quest'ultimo, travisato da G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Proposta per un nuovo metodo di ricerca nel diritto criminale [a proposito della sacertà]*, in *BIDR*, LXXXIX, 1986, 370, nt. 106). Di contro, B. ALBANESE, *'Sacer esto'*, in *BIDR*, XCI, 1988, 153 (nonché in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 2) ritiene (come, del resto, è giusto ritenere) «che l'esigenza normativa d'una invocazione dell'offeso non valga in alcun modo a confortare la conclusione della necessità di un procedimento giudiziario per l'irrogazione della sacertà. E ciò è evidente se si pone mente, come è necessario,

- in virtù di un meccanicismo magico-performativo⁵⁶³ - dalla sfera di 'appartenenza alla comunità dei liberi cittadini', alla sfera di 'appartenenza al derubato'. Indi il ladro, una volta entrato nel *ius* del *plorans* (ossia nella sua sfera di pura disponibilità) ben avrebbe potuto essere 'giustiziato' immediatamente: e ciò senza alcuna violazione della legge sanzionante (già a far tempo dalla monarchia di Numa con l'imperativo '*paricidas esto*') l'uccisione volontaria di un *homo liber*⁵⁶⁴ e senza alcuna contaminazione per il derubato (in quanto, verisimilmente, la permanenza nello stato di purezza non era considerata conseguenza esclusiva dell'agire nel nome e per conto della divinità, ma altresì del non agire contro la divinità). Una

al famoso precetto decemvirale relativo al *fur* che, pur operando di giorno (*luci*), *se telo defendit*, e la cui uccisione è lecita, per il derubato, solo se, da parte sua, 'si sia fatta invocazione': *endoplorato*»; ma l'insigne studioso, dopo tali condivisibili premesse, continua perentoriamente in questi (a mio avviso non più condivisibili) termini: «tutti convengono sul fatto (del resto innegabile) che l'*endoplorare* del derubato di XII Tab. 8.13 sia sostanzialmente la stessa cosa del *plorare* del *parens* percosso». Anzitutto, come già ha condivisibilmente messo in luce L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *SDHI*, L, 1990, 243 (nonché in *Id.*, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 25, e in *Id.*, *Studi sulla sacertà*, Padova, 2005, 34 s.), l'analogia operata dal Santalucia tra la *lex regia* e la norma decemvirale non può che essere circoscritta al valore da riconoscersi al *plorare* (ossia quello di prova testimoniale da impiegare in successivo processo), in quanto i due processi immaginati dall'insigne studioso del diritto criminale romano sono diversissimi sia per il tipo di accertamento sia per il ruolo giocato dal *plorans* come parte processuale: da un lato, infatti, si tratta di un processo teso ad accertare la sacertà del - e quindi contro il - *puer verberans*, laddove il soggetto passivo dell'offesa (illecita *verberatio*) è il *parens plorans*; dall'altro si postula un processo intentato contro il *plorans*, cioè il derubato 'uccisore' del ladro (ma non omicida). Indi, da un lato, la *ploratio* del derubato non mi sembra affatto implicare un *iudicium* che conduca ad una condanna quale necessaria premessa dell'uccisione, essendo invece l'uccisione - che lecitamente può avvenire da parte del derubato plorante nell'immediato - a poter innescare la macchina processuale (Cic. *Mil.* 9; Coll. 7.3.2); dall'altro, il fatto che il *plorare* del *parens* e il *verberare* del *puer* siano posti sullo stesso piano, non credo affatto sia argomento spendibile a favore dell'idea secondo cui l'invocazione del *parens* si imponga quale mezzo per la precostituzione della prova testimoniale.

⁵⁵⁹ B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 154 (nonché in *Scritti*, III, cit., 4).

⁵⁶⁰ Rimanendo, tra l'altro, del tutto indimostrata l'affermazione di A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, 85 s., secondo cui il *fur* sarebbe divenuto *sacer*.

⁵⁶¹ A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 141 ss. (ma vedi altresì i rilievi di cui al prossimo paragrafo).

⁵⁶² Cfr., sullo stato di appartenenza alla divinità in cui versava il *sacer*, M. MORANI, *Lat. 'sacer' e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in *Aevum*, LV, 1981, 30 ss.; B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 178; (nonché in *Scritti*, III, cit., 36); K. RÜPKE, *La religione dei Romani*, trad. it., Torino, 2004, 9 (sfumate, per non dire evanescenti, invece, le indicazioni sul punto di J. BAYET, *La religione romana. Storia politica e psicologica*, trad. it., Torino, 1992, 42, 63). Sulla capacità di *dii* e

volta retrodatati all'epoca del regno primitivo i contenuti della *lex* 13 di Tab. 8 (e precipitati nella forma fluida di un *mos* della *civitas* quiritaria che i decemviri avevano inteso cristallizzare), quando ancora la schiavitù non era diffusa e, del pari, non era impiegato il vocabolo (e il concetto di) '*servus*'⁵⁶⁵, ben potrebbe ipotizzarsi che, come il *filius* oggetto dell'originario *mancipium* paterno⁵⁶⁶ non era un *homo liber*, ossia un diretto appartenente alla comunità⁵⁶⁷, in quanto tra i due si frapponeva lo schermo dell'appartenenza al *pater* (disintegrabile, però, con l'articolato rito delle celebri tre vendite), e come il *sacer*, ad esempio il *puer verberans* a seguito della *ploratio* del *parens*, non era *liber* (in quanto destinato ad un

numina di essere titolari di posizioni giuridiche assimilabili alla proprietà (seppur con atteggiamento scettico in proposito), cfr. G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, 23 (nonché in *Id.*, *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 227 ss.).

⁵⁶³ Cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo.

⁵⁶⁴ Fest. voce '*parrici<di> quaestores*' (Lindsay 247). Come recentemente ha messo in luce Luigi Garofalo - partendo dalla considerazione secondo cui durante la fase della monarchia latino-sabino la pratica della schiavitù non era ancora esercitata - parrebbe assai inverosimile «una norma promanante da uno dei primi sovrani che, nel delineare stringentemente la figura dell'omicidio doloso, eccettuasse proprio l'uccisione volontaria dello schiavo, tralasciando per giunta di escludere dalla fattispecie il caso, che allora poteva sicuramente verificarsi, della dolosa messa a morte dell'*homo sacer*» (L. GAROFALO, *L'«homo liber» della «lex Numae» sull'omicidio volontario*, in *'Philia'. Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli, 2007, 1033). Sulla base di queste notazioni - nel prosieguo dello scritto ulteriormente comprovate (vd. *Id.*, *L'«homo liber»*, cit., 1034 ss.) - lo studioso è pervenuto all'affascinante conclusione che Numa, nella sua *lex*, a mezzo dell'indicazione dell'*homo liber*, escludesse da soggetto passivo del reato colui che si trovasse nello *status* di sacerdotà. Quest'ultimo, infatti, estromesso dalla comunità di appartenenza, si trovava in totale balia della divinità, e alla sola divinità, pertanto, spettava la decisione circa le sue sorti (*Id.*, *L'«homo liber»*, cit., 1038): indi, qualora essa si fosse determinata per la morte dell'*homo* a lei *sacer* (ossia 'destinato', 'dedicato', 'appartenente'), grazie alla cooperazione di uomini (o anche, per vero, di forze naturali), tale risoluzione sarebbe stata attuata «in maniera ... informale e irrituale» (come sottolinea giustamente F. ZUCCOTTI, *In tema di sacerdotà*, in *Labeo*, XLIV, 1998, 442, 443); né, del resto, l'uccisione sarebbe stata punibile come omicidio o ad altro titolo (Cic. *Tull.* 20.47; Dion. Hal. 2.10.3; 2.74.3), né avrebbe alterato lo stato di 'purezza' dell'esecutore materiale della volontà divina (Dion. Hal. 2.74.3). La *pax deorum*, stato di non belligeranza tra la comunità dei mortali e quella degli immortali, fondato sul «rispetto di regole giuridico-religiose comuni a soggetti divini e umani, e, in qualche modo, sovraordinate rispetto agli stessi dei» (R. FIORI, *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 173 s.), non era stata lacerata dalla morte dell'*homo sacer* (L. GAROFALO, *L'«homo liber»*, cit., 1040), e la *lex Numae* non era stata violata, essendo l'*homo liber* un non *sacer* «in quanto ... non versava in una condizione di scissione dalla comunità e di attribuzione alla divinità offesa dalla sua condotta, qualificata dall'ordinamento come idonea a generare sacerdotà, comportante la sottomissione di lui alla

dio e, pertanto, escluso dalle tutele cittadine, compresa la *lex Numae*), così il *fur*, a seguito della *endoploratio, ab origine* non sarebbe stato – esclusa l'opportunità di parlare di *servus* per la fase latino-sabina della monarchia⁵⁶⁸ – né un *liber* né un *sacer* (in quanto, per l'appunto, 'appartenente' al solo derubato e non alla comunità cittadina ovvero ad una divinità). Non, dunque, una originaria relazione biunivoca tra '*libertas*' e '*sacertas*' (nel senso che 'tutti coloro che sono liberi non sono sacri' e 'tutti coloro che non sono sacri sono liberi'), ma una relazione univoca in virtù della quale 'se tutti i sacri sono non liberi, non tutti i non liberi sono sacri': ad esempio, un soggetto, talora, da non *liber* poteva entrare

signoria di questa stessa divinità» (Id., *L' "homo liber"*, cit., 1043).

⁵⁶⁵ Vd. G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, 1 ss.; Id., voce *Schiavitù (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 622 ss.; Id., *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*³, Torino, 1995, 207 ss.

⁵⁶⁶ Sulla magmaticità dell'originario *mancipium* (o, che dir si voglia, *potestas*), quale generale ed indifferenziato potere su cose e persone del *pater*, vd. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 140 ss.; Id., *L'ordinamento giuridico*, cit., 175 ss. Il dibattuto e arduo problema in tema di poteri originari del *pater familias* (con riguardo precipuo ai rapporti intercorrenti tra 'signoria sulle cose' e 'poteri sulle persone sottoposte', cfr. P. DE FRANCISCI, *La comunità sociale e politica romana primitiva*, in *SDHI*, XXII, 1956, 61 ss.; U. COLI, *Le origini della 'Civitas' romana secondo De Francisci*, in *SSE*, s.n., 1959, 422) ha condotto a diverse soluzioni: l'alternativa cui si troverebbe di fronte la dottrina romanistica è ben compendiata dal Capogrossi, ad avviso del quale si tratterebbe o di «accogliere la tesi dell'esistenza di un potere di carattere unitario del *pater familias* su uomini e cose, oppure, in antitesi ad essa, rifarsi invece all'idea che già *ab antiquo* esistesse nell'esperienza giuridica romana, sia pure a un ben diverso grado di elaborazione concettuale e di chiarificazione terminologica, lo schema rappresentato dal *dominium ex iure Quiritium*» (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, Milano, 1969, 124; cfr., altresì, Id., *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.). Delle due, ben mi pare più aderente alle pur scarse testimonianze la tesi dell'indifferenziazione: secondo il De Visscher, ad esempio, in epoca arcaica le *res Mancipi* e le *personae alieni iuris* – come testimonierebbe Gai 1.116-123 – avrebbero formato *eodem modo* l'oggetto della *mancipatio*, sicché sarebbe d'uopo congetturare che il *pater familias* fosse stato in origine titolare di un *imperium* domestico, il cd. *mancipium*, suscettibile di esercitarsi sopra le persone sottoposte e gli animali da tiro e da soma (F. DE VISSCHER, '*Mancipium*' et '*res Mancipi*', in *SDHI*, II, 1936, 322 ss.). L'Ambrosino, di poi, seguendo – in parte – la via tracciata dal De Visscher, andava oltre, notando che non solo la *mancipatio*, ma anche altri istituti – quali la *legis actio sacramento*, l'*actio furti*, l'*in iure cessio* – ai primordi della storia dell'ordinamento romano, si applicavano tanto a cose quanto a persone e che solo successivamente sarebbero divenuti pressoché esclusivi del *dominium* quiritario: donde la congettura che finanche le persone fossero in età arcaica oggetto di una sorta di 'proprietà' (R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della Mancipatio*, in *Studi in onore di E. Albertario*, Milano, 1953, 573 ss.: sul pensiero di questi due autori, e per una puntuale critica delle posizioni

a far parte direttamente della comunità (*filius* emancipato / *liber a patre* / non *sacer*), talaltra, da *liber* poteva inserirsi (vuoi per la sola sua condotta, vuoi anche a mezzo del contributo altrui) nella sfera di appartenenza alla divinità (*puer verberans* / *sacer* / non *liber*), talaltra ancora da *liber* poteva essere performativamente 'estromesso' dall'appartenenza alla originaria comunità e, quindi, dalla condivisione delle tutele garantite (*fur* / non *liber* / non *sacer*).

Liber, insomma, era chi non apparteneva né ad un essere sovranaturale (come nel caso del '*puer qui parentem verberaverat post plorationem*'), né ad un essere umano (come per

assunte dal Capogrossi, cfr. F. GALLO, '*Potestas*' e '*dominium*' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 22 ss.; importanti notazioni pure in *Id.*, *Osservazioni sulla signoria del 'pater familias' in epoca arcaica*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, II, 1956, 193 ss.). Per quanto mi riguarda, sono persuaso che entro un sistema che permette l'esperimento dell'*actio furti* (è questo, infatti, a mio avviso, il dato che più di altri può indurre l'interprete a vedere una originaria indifferenziazione, ovviamente per soli certuni fini, tra cose e persone soggette al *mancipium* paterno: *contra*, cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di Famiglia*, Milano 1963, 96) nel caso di sottrazione di un *filius familias* o di una *uxor in manu* (D. 47.2.14.13; D. 47.2.38.1; Gai 3.199; I. 4.1.9), ben si possa ipotizzare un principio che contempra l'uccisione di un elemento umano soggetto all'originario e indifferenziato potere del *pater-dominus* alla stregua di un mero 'danneggiamento' (sulla *lex Aquilia* come 'salto qualitativo' nella strada tendente dalla originaria indifferenziazione all'autonoma configurazione di un potere dominicale su cose, distinto da quello sulle persone, cfr. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1950, 159 ss., 174 ss.) e che, pertanto, tale fattispecie non fosse affatto sussumibile entro la *lex Numae* sull'omicidio, giacché, per l'appunto, non era definibile in termini di *homo liber* il *filius* (in tema vd., *ex plurimis*, P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 107; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri*, cit., 374, nt. 44; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 8. nt. 2; A. MORDECHAI RABELLO, *Effetti personali della 'patrias potestas'*, I, *Dalle origini al periodo degli Antonini*, Milano 1979, 262 ss.).

⁵⁶⁷ Mi sembra corretto seguire, come già rimarcato, la strada già indicata da Luigi Garofalo, ad avviso del quale, in origine, non avrebbe avuto alcun senso e fondamento l'antitesi *liber* / *servus* (L. GAROFALO, *L' "homo liber"*, cit., 1033): utili spunti, peraltro, possono leggersi anche tra le righe di E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 246 ss., il quale sottolinea sia che, se l'opposizione 'libero-schiavo' è comune a tutti i popoli cd. indoeuropei «non si conosce nessuna designazione comune della nozione di 'libertà'», sia che «in latino e in greco, l'uomo libero, *(e)leudheros, si definisce positivamente per il suo appartenere a una 'famiglia', a una 'stirpe'». Tuttavia - attesa la non eccessiva risalenza della schiavitù in Roma - se dalle fonti più antiche *liber* parrebbe sia essere opponibile a *sacer* sia designare colui che non appartiene più al *mancipium* di un *pater* (Fest. voce '*parrici<di> quaestores*' [Lindsay 247]; Dion. Hal. 2.27), potrebbe congetturarsi che *civis* (o *Quiris*) *sui iuris* avesse un dominio semantico non divergente da quello di *liber*.

⁵⁶⁸ Rammento qui F. DE MARTINO, *Intorno all'origine della schiavitù a Roma*, in *Labeo*, XX, 1974, 163 ss., (nonché in A. DELL'AGLI - T. SPAGNUOLO VIGORITA [ed.], *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 130 ss.).

il '*fur qui se telo defenderat post [endo]plorationem*')⁵⁶⁹: questo solo, a mio avviso, lo sfondo di comunanza – ossia la 'non libertà' – delle ipotesi previste rispettivamente in Tab. 8.13 (Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47.2.55[54].2; Cic. *Tull.* 21.50) e le leggi regie conservateci in Fest. voce '*plorare*' (Lindsay 260), comunanza che fondava la non sussumibilità entro la norma incriminatrice prevista da Numa ('*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*') e dell'agire del derubato (*ploratio* e *caedes* del *fur*) e di quello dell'attuatore umano del disegno divino (*occisio* del *puer verberans* a fronte della *ploratio* del *parens*)⁵⁷⁰. E il diritto decemvirale, in questo punto, lungi dall'innovare, avrebbe semplicemente registrato l'ancestrale costumanza, elevandola a *lex*, ma lasciando formalmente intatto il primevo requisito magico-religioso necessario al derubato – trovatosi dinanzi a un ladro armato e recalcitrante – per uccidere (seppur incardinando la pratica in parola e il conseguente *ius* in un 'ordine disciplinante e

⁵⁶⁹ Le considerazioni sin qui abbozzate circa il valore della *endoploratio* e dello *status* del *fur manifestus* che, *telo se defendens*, abbia resistito, *luci*, al derubato, verranno riprese di seguito (cfr., *infra*, il § 2 del presente capitolo) in vista di una loro possibile estensione all'altro caso fondamentale (quello del *fur manifestus nox*) in cui i decemviri riconoscevano la liceità dell'uccisione da parte del soggetto passivo dell'offesa: estensione che, come si avrà modo di apprezzare, pare fortemente suggerita alla luce dell'interpretazione magico-performativa dell'apodosi imperativa '*iure caesus esto*' di Tab. 8.12. (oltre che alla luce di quanto, seppur in modo confuso e con taluni fraintendimenti, troviamo nel Gaio di D. 9.2.4.1 ove si affermerebbe la necessità della *endoploratio* anche per l'uccisione del *fur nocturnus* al tempo delle XII Tavole).

⁵⁷⁰ Ne consegue, all'evidenza, che tale mia ricostruzione comporta la reiezione sia dell'opinione secondo cui il *liber* si oppone solo allo schiavo (G. PASQUALI, '*Paricidas esto*', in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, I, Milano, 1939, 69; A. PAGLIARO, *La formula 'paricidas esto*', in *Studi in onore di L. Castiglioni*, II, Firenze, 1960, 689; V. PISANI, *Due note. 'Paricidas esto' e 'missa' «messa»*, in *Paideia*, XX, 1965, 189 ss.), sia di quella che postula un'antitesi tra *gentilis* e non *gentilis* (L. GERNET, '*Paricidas*', in *RPLHA*, LXIII, 1937, 27; G. DEVOTO, *Relitti lessicali, della vita della 'Sippe'. 'Paricidas', 'vindex'*, in *Studi in onore di E. Besta*, cit., 551; V. LONDRES DA NÖRBEGA, *A nouveau 'paricidas'*, in *Latomus*, IX, 1950, 3 ss.), sia di quella che vede il patrizio in opposizione al plebeo (H. LÉVY-BRUHL, '*Parricida*', in *Quelques Problèmes du Très Ancien Droit Romain. Essai de Solutions Sociologiques*, Paris, 1934, 85). Vero è, invece, che se *liber* indica – come io credo – l'essere umano che direttamente appartiene al *populus* (e quindi non è, ad esempio, quale *fillius* o quale *fur*, in *mancipio* o in *potestate* di alcuno, né è, quale *sacer*, nella sfera di disponibilità di un dio), la mia tesi, seguendo la via indicata dal Garofalo, giunge a soluzioni non dissimili dalle convinzioni del Coli, ad avviso del quale «l'uccisione di persona in *potestate* del *paterfamilias*, fosse uno dei discendenti o un servo, operata da persona appartenente ad altra famiglia, dava luogo ad una richiesta di riparazione da parte di un *paterfamilias* all'altro *paterfamilias*, come avviene tuttora nella Repubblica per l'uccisione del servo» (U. COLI, '*Paricidas esto*', in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 186, nonché in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 529).

autorizzante' superiore). L'operazione meramente 'nomografica' non era, tuttavia, priva di ricadute pratiche: essa - come testimoniano i tardi fraintendimenti di Gaio e di Cicerone - aveva contribuito a svilire la valenza primaria del *plorare* e a fondare nei consociati la convinzione che il *ius* all'uccisione non fosse 'meccanicamente' performato⁵⁷¹ *verbis* con attrazione del *fur* entro la sfera di disponibilità del derubato, ma consistesse in una 'attribuzione' della *civitas*, la quale con sempre maggior pulsione ordinatrice intendeva ingerirsi direttamente nel campo della repressione e sottrarla ai privati, ovvero lasciarla (ma solo per il suo medio) a questi ultimi, elevati ad 'agenti socialmente autorizzati'.

Concentriamo, ora, l'attenzione sulle fattispecie della voce *festina 'plorare'* (Lindsay 260), che riproduce, stando alla persuasiva ricostruzione mommseniana, una legge romuleo-taziana sul *puer* e una serviana sulla *nurus*: '*si parentem puer verberit ast olle plorassit parens, puer divis parentum sacer esto ... si nurus, sacra divis parentum estod*'⁵⁷². Anzitutto, sebbene consapevole che sia Gaio sia Paolo Diacono attribuiscono al sostantivo *parens* un senso ampio (comprensivo di *omnes superiores*, sia maschi che femmine)⁵⁷³, prendendo in esame, in positivo, il rapporto *nurus-parens* e quello *puer-parens* e, in negativo, l'assenza di una *lex regia* concernente il rapporto *filia-parens*, nonché a mente del fatto che *nurus* indica esclusivamente la consorte di un *filius familias*, mi paiono inferibili le seguenti considerazioni: Romolo e Tito Tazio con la loro *lex* contemplavano solamente l'ipotesi che un *puer*, ossia un soggetto *alieni iuris* rientrante nella sfera della *potestas* o del *mancipium* altrui, in qualità di figlio o di figlia (se non anche come schiavo⁵⁷⁴) avesse verberato il *parens* per antonomasia, ossia il

⁵⁷¹ Sulle 'performative utterances' cfr. J.L. AUSTIN, *Other Minds*, in A. FLEW (ed.), *Logic and Language*, II, Oxford, 1966, 123 ss.; ID., *How To Do Things With Words*, Oxford, 1962, *passim*; ID., *Performative Utterances*, in J.O. URMSON - G.J. WARNOCK (ed.), *Philosophical Papers*, Oxford, 1961, 220 ss. Utilissimi spunti possono leggersi anche in S. CASTIGLIONE, *Atti giuridici performativi*, in G. LORINI (ed.), *Atto giuridico*, Bari, 2002, 3 ss. (che tratta esaustivamente dell'argomento con importanti considerazioni sul pensiero non del solo Austin, ma altresì di Axel Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross).

⁵⁷² T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 565, nt. 5 (poco persuasive le ricostruzioni di Voigt [M. VOIGT, *Über die 'leges regiae'*, I, *Bestand und Inhalt der 'leges regiae'*, Leipzig, 1876, 46] e di Trinchieri [T. TRINCHERI, *Le consacrazioni di uomini in Roma. Studio storico-giuridico*, Roma, 1889, 63]).

⁵⁷³ Paul.-Fest. voce '*masculino*' (Lindsay 137); Gai. 23 *ad ed. prov. D.* 50.16.51.

⁵⁷⁴ Cfr., ad esempio, Gell. 11.18.8, ove la categoria dei *pueri inpuberees* pare a me riferirsi tanto a schiavi quanto a liberi.

*pater familias*⁵⁷⁵; Servio Tullio, avvertendo la incompletezza della disposizione, integrava l'incriminazione originaria con la previsione dell'*uxor* di un *puer* maschio quale soggetto attivo della condotta vietata (*verberatio*), lasciando intatta la identificazione del soggetto passivo dell'offesa, ossia il *parens* (*pater familias*). Detto questo in via preliminare, la *ploratio* del *parens*, a mio avviso⁵⁷⁶, potrebbe interpretarsi come una chiamata 'in causa' dei *dii parentum*, contestuale a uno spoglio volontario della competenza repressiva del *parens* stesso verso il *puer* e verso la *nurus*. A ben vedere - tra le ulteriori ipotesi di indubbia *consecratio* rinvenibili nelle fonti⁵⁷⁷, ossia *fraus* del *patronus* (e non invece *fraus* del *cliens*, ch  non  , a quanto mi risulta, attestata alcuna *fides clientis*, fatta eccezione per l'irrilevante Plaut. *men.* 576)⁵⁷⁸, vendita della moglie⁵⁷⁹, *exaratio* del *terminus*⁵⁸⁰ - l'offesa del *puer* (termine ricomprendente *fili* maschi e femmine) e della *nurus* (che nei confronti del *pater familias* viene considerata *loco filiae*, o qui, meglio, *loco pueri*) verso il *parens* (*sui iuris*)   il solo caso in cui il soggetto umano offeso   'autoritariamente' sovraordinato all'offensore. Da tali presupposti si potrebbe ipotizzare, da un lato, che la potest  sanzionatoria del *parens* offeso (attraverso il *iudicium domesticum*) era concorrente con quella delle divinit  offese (attraverso il dispiegarsi della loro volont  nei confronti del

⁵⁷⁵ Vd., in tema, nel senso del testo, R. QUADRATO, '*Hominis appellatio*' e gerarchia dei sessi. D. 50.16.152 (*Gai. 10 'ad l. Iul. et Pap.'*), in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 342, ad avviso del quale   da supporre la identificazione del *parens* col *pater familias*, laddove la concezione gaiana sarebbe il risultato di una formazione progressiva: *contra*, vd., tuttavia, T. TRINCHERI, *Le consacrazioni di uomini*, cit., 66; B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 154 (nonch  in *Scritti*, III, cit., 12); P. MAROTTOLI, '*Leges sacratae*', Roma, 1973, 95, nt. 2; R. FIORI, '*Homo sacer*', cit., 187 ss. (che nel rapporto *puer-parens* ricomprendono tutti gli ascendenti e i discendenti).

⁵⁷⁶ Metto, cos , a frutto un'interpretazione gi  proposta da L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer'*, cit., 245 (nonch  in *Id.*, *Appunti*, cit., 29 e in *Id.*, *Studi*, cit., 34 s.) e da E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 239, sulla scorta di L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 236 ss., secondo cui l'invocazione del *pater* era rivolta alle divinit  familiari.

⁵⁷⁷ Vd. B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 146 ss. (nonch  in *Scritti*, III, cit., 4 ss.); R. FIORI, '*Homo sacer*', cit., 187 ss.; L. GAROFALO, *Sulla condizione di 'homo sacer'*, cit., 223 ss. (nonch  in *Id.*, *Appunti*, cit., 7 ss. e in *Id.*, *Studi*, cit., 14 ss.); E. CANTARELLA, *La sacert  nel sistema originario delle pene. Considerazioni su una recente ipotesi*, in *Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne. Hommage   la mémoire de A. Magdelain*, Paris, 1998, 56 ss.; C. LOVISI, *Contribution   l' tude de la peine de mort sous la république Romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris, 1999, 14 ss.

⁵⁷⁸ Plut. *Rom.* 13; Serv. *in aen.* 6.609.

⁵⁷⁹ Plut. *Rom.* 22.3.

⁵⁸⁰ Dion. Hal. 2.74.3; Paul.-Fest. voce '*Terminus*' (Lindsay 505).

soggetto loro *sacer*), dall'altro che la *ploratio*, quale invocazione ai *dii parentum*, era atto con cui il *pater familias* al contempo dismetteva la propria potestà e rimetteva il *puer* e la *nurus* (così *sacri*) nelle mani delle divinità. Nulla di più diverso dalla *ploratio* magico-performativa del *derubato*, a seguito della quale l'uccisione non avveniva per deliberazione di una divinità che si serviva quale *longa manus* di un qualsivoglia essere umano, ma perché il *fur*, da esterno alla sfera di potere del *derubato plorans* (potremmo dire originariamente 'a *eo liber*') ne veniva inesorabilmente attratto, e così 'destinato' alla sua 'reine Kraft', lasciandosi intatta la *pax deorum* e inapplicabile la legislazione incriminatrice dell'omicidio.

Ius in Tab. 8.12 e Tab. 8.13: 'self-help' reattivo e preventivo?

Atteso il dettato non sempre univoco (ma, io credo, decifrabile) delle fonti, che talora sembrerebbero - e sottolineo l'impiego del verbo 'sembrare' al modo condizionale - presentare le disposizioni consacrate in Tab. 8.12 ('*si nox furtum [factum sit] <faxit>, si im occisit, iure caesus esto*')⁵⁸¹ e Tab. 8.13 ('*luci si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*')⁵⁸², come tese alla irrogazione di una sanzione nei confronti del *fur*⁵⁸³, talaltra a rimarcare il carattere esimente a favore del soggetto passivo della condotta (doppiamente) illecita del ladro⁵⁸⁴, vi sono state in dottrina numerose oscillazioni circa la corretta comprensione in termini 'dogmatici' della condotta del *derubato uccisore*: si è posto, cioè, il problema, della valutazione in termini di 'qualificazione giuridica' della incontrovertibile impunità contemplata dalle XII Tavole nelle due ipotesi testé rammentate: si tratta - ci si è chiesto - di disposizioni scriminanti, ossia di norme la cui inoperatività, secondo quella moderna ricostruzione della struttura del reato che è detta 'bipartitistica', è da contemplarsi come necessario elemento costitutivo (negativo, per l'appunto) ai fini dell'integrazione della fattispecie di reato⁵⁸⁵? Ovvero Tab. 8.12

⁵⁸¹ Ovvero: '*si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41).

⁵⁸² M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41.

⁵⁸³ Per tutte, cfr. Gell. 20.1.7.

⁵⁸⁴ Cfr. S. RICCOBONO, '*Leges*', cit., 57 s.

⁵⁸⁵ Le cause di giustificazioni o scriminanti sono situazioni in presenza delle quali un fatto che altrimenti sarebbe reato non è punibile in quanto la legge o lo consente o addirittura lo impone: oggi si ritiene, comunemente, che il fondamento sostanziale delle scriminanti sia la prevalenza dell'interesse tutelato dalla norma di liceità (norma scriminatrice) rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice in base ad un comportamento diverso. Come è noto, seguendo ragionamenti e adottando categorie che il mondo romano non aveva condotto a

e Tab. 8.13 sono state concepite come *leges* che ipotizzano una esecuzione sommaria privata in forza della quale è lo stesso derubato e non un organo statale a porre in essere la sanzione quale conseguenza negativa della condotta illecita del ladro⁵⁸⁶? Ovvero – infine – non può forse dirsi che, in questi termini, il problema è mal posto, sì da aprire la strada per congetturare una posizione che, allontanandosi da detti due poli (fermamente ancorati a categorie e modelli propri della penalistica contemporanea), sappia svincolarsi da ipoteche concettuali invero estranee al mondo romano, e sia volta non a calare la *ratio* di oggi nelle *leges* delle XII Tavole, ma – seguendo l'insegnamento di

dogma, le scriminanti sono il classico terreno di scontro tra la teoria della bipartizione della struttura del reato, secondo la quale le cause di liceità altro non sarebbero che elementi negativi del fatto, e la teoria della tripartizione che inquadra situazioni come la legittima difesa tra il 'fatto' e la 'colpevolezza', quali elementi negativi della 'antigiuridicità' in senso oggettivo: cfr., paradigmaticamente, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2002, 33 ss. A quanto mi risulta il primo a pensare ad una 'legittima difesa' fu W. REIN, *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Iustinianus*, Leipzig, 1848, 298 (che tratta, per vero, solo di Tab. 8.13). Cfr., per i sostenitori della tesi negativa della legittima difesa, *ex plurimis*, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig, 1901, 776; A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1², Halle, 1895, 73 ss.; M. BOHÁČEK, 'Si se telo defendit', in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 147 ss.; M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, in *La Peine-Punishment. Recueils de la Société J. Bodin*, I, Bruxelles, 1991, 159.

⁵⁸⁶ Le sfumature sono molteplici: si potrebbe parlare di 'vestigia della ragion fattasi' (F.P. GULLI, *Del furto manifesto nel diritto romano*, in *AG*, XXV, 1880, 68 ss. che, tuttavia, parla anche di 'giudizio popolare'); di pena prevista per un soggetto che si è reso 'friedlos' (cfr. A. PERNICE, 'Labeo', II.1, cit., 78 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, 1976, 78); di «justice privée» (M. HUMBERT, *La peine en droit romain*, cit., 159), di «giustizia popolare» (A. PALMA, 'lura vicinitatis', cit., 89 ss.); di un 'Selbsthilfe' in senso giudiziario (vd. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, *Esercizio dei diritti e difesa privata*, Bologna, 1946, 162 ss., che pensa ad un 'sommario processo su iniziativa della vittima' per Tab. 8.13 e di una difesa privata per 'legittima difesa' per Tab. 8.12). Io, al più, sarei più propenso a discorrere (limitatamente a Tab. 8.12) di una 'giuridicizzazione della vendetta' (limitata così dall'ordinamento), per cui il derubato ha il potere di metter a morte il *fur*, di modo che, se decide per questa soluzione, si sostituisce alla *civitas* nella funzione repressiva quale 'agente autorizzato' (cfr. A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, cit., 43). Segnalo, inoltre, la posizione di A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977, 39, il quale ipotizza che *iure* in Tab. 8.12 indichi in modo del tutto generico la corrispondenza dell'agire del derubato a 'principi di giustizia' (cfr., altresì, *Id.*, *Voleurs, brigands et légitime défense en droit Romain*, in *NRHD*, LIV, 1996, 505 ss.); nonché quella di A. MAGDELAIN, *De la royauté*, cit. 85 s., che, come già si è sottolineato, senza alcun riscontro nelle fonti, congettura per il *fur qui se telo defendit* lo status di *homo sacer*.

Cecilio Africano⁵⁸⁷ - a comprendere la vera *ratio* delle disposizioni dei decemviri? Non v'è che da analizzare i punti fondamentali delle due diverse impostazioni, iniziando dalla tesi più recente, ossia quella della «esecuzione sommaria sul fatto da parte del derubato»⁵⁸⁸.

Così il Nicosia, con riguardo precipuo al furto diurno con *defensio* a mezzo di un *telum*, ha parlato di un «processo sommario sul fatto, eseguito, con partecipazione della collettività, su iniziativa del derubato»⁵⁸⁹, laddove il *fur nocturnus* sarebbe da considerare passibile di un impiego della giustizia privata del tutto incondizionato.

Il Bohacek ha inteso rimarcare come il *fur diurnus*, normalmente procedibile per via ordinaria, fosse stato 'impunemente uccidibile' solo allorché a mezzo della sua condotta 'difensiva' e 'violenta' si fosse opposto alla propria deduzione *in ius* tentata a buon diritto dal derubato che lo aveva trovato 'red-handed'. In altre parole, secondo lo studioso, per disposizione decemvirale sarebbe stato lecito uccidere il *fur* nell'eventualità in cui lo svolgimento regolare della giustizia non fosse stato reso praticabile: e ciò proprio in forza del contegno ostacolante del *fur*⁵⁹⁰.

Il Luzzatto, dal suo canto, assumendo una posizione che qualcuno ha definito «mediatrice»⁵⁹¹, ha preferito mettere maggiormente in luce il ruolo della *endoploratio* e sottolineare, anche per il caso del *fur qui se telo defendit*, un barlume di 'procedimentalizzazione': l'atto consistente nell'*endoplorare*, difatti, si sarebbe atteggiato a contegno processualmente rilevante volto sia alla invocazione di testimoni, sia al procacciamento di mezzi esecutivi: il gruppo sociale chiamato, infatti, avrebbe svolto il compito fondamentale di ratifica⁵⁹².

⁵⁸⁷ Cfr., *supra*, § 2 del capitolo primo.

⁵⁸⁸ L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 428 s.

⁵⁸⁹ G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, *Le origini*, Catania, 1980, 84; vd., altresì, B. ALBANESE, '*Sacer esto*', cit., 145 e 154 (nonché in *Scritti*, III, cit., 3 e 12); E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss.; C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 67.

⁵⁹⁰ M. BOHÁČEK, '*Si se telo defendit*', cit., 147 ss. e soprattutto 171.

⁵⁹¹ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 246, nt. 10.

⁵⁹² Cfr. G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934, 163: la posizione dell'Autore, invero, non mi è sempre del tutto cristallina, soprattutto là dove parla sia di «legittima difesa sanzionata per il derubato entro il quadro di una sanzione accordata» dal sistema normativo; così come non mi persuade la distinzione tra *fur nocturnus* (la cui uccisione sarebbe supportata dall'operatività di una scriminante) e *fur qui se telo defendit* (oggetto, invece, di una esecuzione sommaria): cfr. G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit. 162 s. Quanto al senso dell'*endoplorare* (così valorizzato dal Luzzatto) esso, secondo il pensiero di Cicerone (Cic. *Tull.* 21.50: *endoplorato, hoc*

Di contro, i sostenitori della tesi della scriminante della 'legittima difesa', fondano i propri assunti su considerazioni di tal fatta: atteso che la norma decemvirale sul furto diurno ipotizzerebbe quale *condicio sine qua non* dell'uccisione il fatto che il ladro si sia difeso (*si se telo defendit*) e che, quindi «l'uccisione ... sia avvenuta nel corso di un'aggressione da parte del derubato» (di talché non sarebbe supponibile «altra aggressione se non quella rivolta a catturare il ladro e alla quale questi abbia tentato di sottrarsi usando le armi»), sarebbe giocoforza inferire che «se la norma avesse voluto attribuire il diritto di uccidere il ladro armato, essa avrebbe dovuto prevedere non *si se telo defenderit*, ma *si se*

est conclamato, ut aliqui audiant et conveniant;) e di Festo (Paul.-Fest. voce 'endoplorato' [Lindsay 67]: *endoplorato, implorato, quod est cum quaestione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*), consisterebbe in una *conclamatio* finalizzata a chiamare a testimonianza *aliqui* (cfr., altresì, Gaio in D. 9.2.4.1). Secondo il Wieacker sarebbe d'uopo congetturare una evoluzione della *endoploratio* da originario «Jammeruf» a «Hilferuf», per poi passare a «Gerichtsruf» (F. WIEACKER, 'Endoplorare'. *Diebstahlverfolgung und Geruft im altrömischen Recht*, in *Festschrift Wenger*, I, München, 1944, 129 ss.), laddove per il Luzzatto, esso sarebbe atto teso a far constatare sul fatto il delitto, e dovrebbe esser inserito nel contesto di un sistema punitivo che riconosceva il ricorso alla autodifesa ('Selbsthilfe'); nell'epoca postclassica tale natura sarebbe stata derelitta, in quanto le fonti di tale periodo individuerebbero nell'*endoploratio* un mero 'consiglio' cui, al più, si sarebbe potuto far ricorso anche nell'ipotesi di *furtum nocturnum* (G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit. 163 ss.). Ora, atteso che pur tale atto - stando a Cicerone e Festo - consiste in un *inclamare* e *rogare* (*cum quaestione* e *cum fletu*), o in un *conclamare*, vero è che 'chiamare in aiuto' non significa affatto 'ottenere aiuto', riuscire a far sì che qualcuno venisse in proprio soccorso: nulla esclude, infatti, che una volta pronunciato l'appello, nessuno si presentasse o perché nessuno sentiva o perché nessuno voleva intervenire (cfr., in questi termini, A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 181). In altre parole l'imperativo '*endoque plorato*' (esprimente una condizione imprescindibile per l'*occidere iure*) non significa affatto che vi sia qualcuno (almeno di umano) presente sul luogo ove è effettuata l'invocazione; così il verbo *endoplorare* all'imperativo - ad avviso di Guarino - con buona probabilità, all'origine (o, comunque, nel quinto secolo a.C.), avrebbe avuto il seguente dominio semantico: esprimere la necessità per il derubato, prima di ricorrere alla violenza contro il ladro diurno (a sua volta in procinto di impiegare le armi) di rivolgersi allo stesso ladro e di pregarlo di desistere dal suo intento. La spiegazione è coerente. Cicerone, nella *pro Tullio* (dove deve dimostrare che le leggi romane non permettono di uccidere se non in via eccezionale), si avvale di un termine oramai oscuro, *endoploratio*, e lo intende - a proprio vantaggio - come chiamata a testimonianza; mentre nella *pro Milone* (dovendo sostenere l'esistenza di casi in cui la provocazione della morte di un uomo è autorizzata dal sistema), preferisce tacere in ordine alla necessità della presenza di testimoni, e quindi ben si spiega il silenzio sulla *endoploratio* (vd., ottimamente, sul punto, L. PEPE, *Ricerche*, cit., 48 ss. nonché 52 ss. e nt. 103, che si concentra, tra l'altro, sulla assenza per diritto attico della necessità che un omicida chiami testimoni a raccolta, benché chi si apprestasse a uccidere secondo diritto provvedesse a

telo venerit»⁵⁹³. In altre parole «l'aver previsto, come suo presupposto di applicazione, la reazione armata del ladro significa che la norma ha voluto ipotizzare il caso di una morte procurata nel tentativo di catturare il ladro e in conseguenza della sua reazione armata»⁵⁹⁴. Quanto poi, al furto notturno – sempre seguendo il ragionamento del Corbino, ultimo sostenitore della tesi della scriminante – qualora il legislatore del quinto secolo avesse voluto prevedere la facoltà (la *licentia* o il *ius*, direi io) per il derubato di uccidere sul fatto il ladro, invero avrebbe dovuto esprimersi nei termini seguenti: '*si nox furtum faxit, occidito; si nox furtum faxit iure caesus esto*'; «ma mai: *si im occisit*»⁵⁹⁵, in quanto «la presenza di una seconda protasi subordinata lega a questa e non alla prima la conseguenza prevista: *iure caesus esto* è conseguenza normativa di *si im occisit* non di *si nox furtum faxit*»⁵⁹⁶. Ma, come meglio si dirà oltre, lo studioso – così pronunciandosi – pare non accorgersi affatto della reale portata della disposizione decemvirale (Tab. 8.12) che, per l'appunto, non è quella di elevare l'*occidere* a deontologia, bensì quella di definire la sfera del potere del

cercare spettatori, come testimonia l'orazione di Lisia sulla morte di Eratostene, §. 24; *contra* G.I. LUZZATTO, *Per un'ipotesi*, cit., 169). Cfr., sulla *endoploratio*, con connesso 'sacrificio catartico', nella funzione di purificazione dal 'peccato di omicidio', A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 257 ss. Atteso quanto si dirà oltre sull'insorgenza in capo al derubato del *ius occidendi*, non credo sia neppure da scartare l'ipotesi della *endoploratio* intesa come 'formula magica' diretta a creare una 'sfera' di 'potere' il cui esercizio da parte del derubato *qui endoploravit* non inneschi, così, l'ira divina. E ciò si potrebbe estendere, pertanto, anche – per i primordi – al caso di ladro notturno: una traccia di ciò sarebbe rimasta in Gaio (Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1) che avrebbe però frainteso (come vuole A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle 'XII Tabulae'*, cit., 181) il significato originale dell'atto, confondendolo con un'invocazione non agli dei (*numina*), ma a degli umani, in funzione di chiamata a testimonio.

⁵⁹³ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 253.

⁵⁹⁴ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 253.

⁵⁹⁵ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 251.

⁵⁹⁶ L'obiezione non mi persuade: vero è, a mio avviso, che il periodo ipotetico è concepito in modo tale che la apodosi sia logicamente la conseguenza di entrambe le protasi: il legislatore, cioè, affermerebbe che se un ladro commette furto di notte e se, in tal contesto, il derubato lo uccide, tale uccisione non è da considerarsi condotta illecita, ma avvenuta nell'esercizio di un diritto che l'ordinamento riconosce al derubato stesso. Una cosa è il dovere uccidere (cui la *lex* non fa riferimento); una cosa il potere di uccidere (che i decemviri attribuiscono espressamente). Né mi pare pertinente il richiamo a Tab. 8.2 (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*) e a Tab. 8.22 (*qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis intestabilisque esto*) giacché non vi sono due protasi e una apodosi: Tab. 8.2 è strutturato con una protasi (*si*), una subordinata di valore concessivo (*ni*), e infine un'apodosi imperativa, e Tab. 8.22 con una relativa (*qui*), una protasi negativa (*ni*) e un'apodosi (A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 251, nt. 25).

derubato (che, quindi, non è tenuto a uccidere, ma ha il potere di uccidere⁵⁹⁷).

Sulla stessa linea, seppur in termini alquanto più cauti, con riguardo alla «règle concernant le voleur nocturne», molti anni or sono si poneva l'Arangio-Ruiz, ad avviso del quale «que l'on voie dans cette règle un résidu de la vengeance illimité qui était coutumière à une époque primordiale, qu'on y voie, comme nous préférons, une présomption de défense légitime, toujours est-il qu'il ne s'agit pas d'une peine dont la loi menace le voleur, mais d'une cause de justification qu'elle pose au profit du volé»⁵⁹⁸; mentre, quanto alla regola prescritta in tema di ladro «qui surpris en plein jour, se serait défendu par les armes afin d'empêcher le volé et son entourage de l'appréhender», l'autore rimarcava come «cette hypothèse était sujette au même régime en vigueur pour le vol flagrant et nocturne»⁵⁹⁹.

Queste due impostazioni antitetiche – pur ferma la peculiarità della posizione intrinsecamente 'mediana' assunta dal Luzzatto – sono, peraltro, affiancate da un terzo orientamento che potremmo definire 'atomistico' (in quanto opposto al 'monismo' delle due sopravviste scuole di pensiero che, appunto, trattano Tab. 8.12 e Tab. 8.13 come un *unicum*). Seguendo quest'ultimo filone, il caso del furto notturno si dovrebbe configurare come un reperto della 'autodifesa privata' in funzione repressiva, autorizzato espressamente dall'ordinamento senza alcuna limitazione formale (e senza la necessità dell'intervento statale attraverso, tra l'altro, la formale pronuncia di una decisione giudiziale), come testimonierebbero talune fonti che, per l'appunto, non pongono alcuna circoscrizione alla uccisione del ladro: se era lecito per il privato derubato mettere a morte (o, forse *rectius*, 'condannare a

⁵⁹⁷ Cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 271 ss.

⁵⁹⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 204.

⁵⁹⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 205. Cfr., conformemente, pure F. DE VISSCHER, *Le 'fur manifestus'*, in *RHD*, XLVI, 1922, 479 (nonché in *Etudes de droit romain*, Paris, 1931), ad avviso del quale, con riguardo al precetto relativo al furto notturno, «c'est la une disposition exceptionnelle et qui se justifie plutôt par le droit de défendre son bien contre les voleurs que par celui de punir». Vd., altresì T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 620 e nt. 6, nonché B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 13 e nt. 26, 63.

morte') il *fur nocturnus quoquo modo*⁶⁰⁰ o *omnimodo*⁶⁰¹, di contro il *fur diurnus* poteva essere ucciso impunemente solo nell'ipotesi di *defensio* da parte del ladro stesso con un *telum*: in altre parole, «mentre il ladro diurno poteva essere ucciso solo a seguito di colluttazione a mano armata, il notturno poteva invece essere ucciso comunque: a sangue freddo, oppure a tradimento, come ad esempio in una trappola tesa mentre si apprestava a fuggire con la *refurtiva*»⁶⁰².

Indi, la formula imperativa *iure caesus esto* non starebbe affatto a significare la natura esimente della disposizione decemvirale⁶⁰³: ferma restando la necessità della flagranza

⁶⁰⁰ Cic. *Mil.* 3.9: *quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?*); Sen. *Ret. contr.* 10.6.2: *lex, quae nocturnum furem occidi quoquo modo iubet, non de damnato tantum sed de fure loquitur*; Coll. 7.1: *quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat*; Quint. *inst. orat.* 5.14.18: *et a ratione fas est incidere deinde concludere, ut ibidem: 'quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet'*; Aug. *quaest. in heptat.* 2.84: *hoc et in legibus antiquis secularibus ... invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit.*

⁶⁰¹ Coll. 7.3.2-3: *sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur.*

⁶⁰² L. GAGLIARDI, '*iure caesus esto*', cit., 432. Anche per L. ARU, *Appunti*, cit., 129, che si distingue per la sua equilibrata posizione 'compromissoria', «mentre la figura del ladro diurno che si difende con le armi può agevolmente rientrare nella teoria generale della legittima difesa», di contro, «l'uccisione del ladro notturno ... nella sua figura primitiva, aveva poca attinenza con la regola generale '*vim vi repellere licet*'», e perciò «poteva essere considerata come un caso di tutela privata a difesa dei propri beni»; cfr., altresì, in tema, R. LA ROSA, *La repressione*, cit., 57 ss.

⁶⁰³ F. SERRAO, '*ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica. Nuove riflessioni su un vecchio problema, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professore Filippo Gallo*, II, Napoli, 279 ss., ha rilevato che talora, nelle Dodici Tavole, *ius* indicherebbe il principio di diritto cui la *lex* deve riferirsi quando modifica l'ordinamento, onde affermare il suo pieno valore (*ita ius esto*);

(imprescindibile, ovviamente, per la applicazione in concreto della disciplina in oggetto), l'uccisione del ladro notturno, sarebbe rimasta 'impunita' per esplicita volontà dell'ordinamento decemvirale (*impune*)⁶⁰⁴: vale a dire che essa sarebbe stata considerata 'conforme' - come apprenderemmo direttamente da Macrobio - al 'diritto in senso oggettivo' (*iure*)⁶⁰⁵. Tale uccisione sarebbe stata una sanzione di carattere punitivo, una esecuzione privata in applicazione dell'esercizio dell'autotutela e non, invece, una condotta lecita per l'operatività di una norma scriminante, quale è la legittima difesa. Solo l'ipotesi relativa al *fur manifestus*

talaltra *ius* farebbe riferimento al procedimento giudiziale, o alla formale contesa, se non il tribunale stesso (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 74 ss.). Attesa la sopraccennata polisemia del vocabolo *ius*, varie sono state - ovviamente - le interpretazioni del vocabolo nel contesto che qui ci occupa, in indissolubile relazione al tipo di interpretatio ('monistica' o 'atomistica', della 'legittima difesa', della 'vendetta', del 'giudizio popolare' etc.). Secondo il Nicosia *iure* avrebbe indicato, in tal contesto, che il ladro notturno doveva essere ucciso in «conformità al procedimento stabilito» (G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, I, cit., 76); l'Albanese, invece, ritiene che *iure* sia da intendere come «conformemente a ciò che è approvato» (B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 76, nt. 7); il Magdelain, nella sua acuta riflessione sulla laicità del codice decemvirale, pone in risalto l'assenza di connotati religiosi nel sostantivo, affermando - poco persuasivamente - che *ius* in Tab. 8.12 avrebbe indicato la 'sentenza capitale' pronunciata in via di eccezione non da un giudice, bensì da un privato, con conseguente 'sacertà' (sebbene ciò poco convinca attesa la inesistenza di fonti in tal senso) del *fur nocturnus* (A. MAGDELAIN, *De la royauté*, cit. 85 s.); il Manfredini, per parte sua, ha pensato che *iure* dovesse essere interpretato, come già abbiamo messo in luce, nell'accezione di una corrispondenza della provocata morte del ladro ai 'principi di giustizia' (A. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria*, cit., 39), laddove il Corbino (A. CORBINO, *Si nox furtum faxit*, cit., 251), riprendendo parzialmente il pensiero di Luzzatto, Arangio-Ruiz e Mommsen, ha scritto - come sappiamo - che il sostantivo attesterebbe una scriminante a favore del derubato assalito (T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., 620; V. ARANGIO-RUIZ, *La répression*, cit., 205; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, I, cit., 163). Contro tale visione Wieacker ha parlato un po' sibillinamente di una uccisione «avente le qualità di *ius*» e Kaser e Simon hanno inteso - ad avviso di chi scrive più persuasivamente - *ius* come segno della legittimazione all'esercizio della vendetta, 'Rache' (F. WIEACKER, *'Ius' e 'lex' in Roma arcaica*, in *Sodalitas*, VII, Napoli, 1984, 3015 ss.; M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, Göttingen, 1949, 12 s.; D.V. SIMON, *Begriff und Tatbestand der iniuria im altrömischen Recht*, in *ZSS*, LXXXII, 1965, 132 ss.); da ultimi sia la Cantarella che il Gioffredi hanno reso *iure* con 'legittimamente' seguendo l'intuizione di Pòlay (E. PÓLAY, *Iniuria dicitur omne quod non iure fit*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 73 ss.) secondo cui *iure* avrebbe consentito la libera pratica dell'autotutela privata ('Selbsthilfe') da parte del padrone di casa quale reazione alla *iniuria* subita (C. GIOFFREDI, *I principi*, cit., 67; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274).

⁶⁰⁴ Cic. *Mil.* 3.9; Quint. *inst. orat.* 5.14.18; D. 48.8.9. Cfr., sul punto, L. GAGLIARDI, *'Iure caesus esto'*, cit., 433, 434 e nt. 68.

diurnus, consentaneamente al principio *vim vi repellere licet*⁶⁰⁶, avrebbe potuto originariamente qualificarsi in termini di 'legittima difesa', di elemento negativo della 'antigiuridicità' del fatto (a mente della tripartizione della struttura dell'illecito), ovvero di obliterazione dello stesso fatto delittuoso (se si vuole aderire alla tesi della bipartizione).

A *posteriori*, tale impostazione risulta senz'altro maggiormente persuasiva, giusta - come s'è potuto apprezzare - una maggior aderenza alle fonti: tuttavia, essa, come già si notava all'inizio del paragrafo, appare nei suoi postulati fortemente debitrice di concetti non ancora maturi in epoca preclassica. Diversamente dicendo: gli artefici del diritto decemvirale, o da meri 'nomografi' (come parrebbe a me per Tab. 8.12 e Tab. 8.13), o da 'nomoteti', erano davvero interessati - come potrebbe esserlo un legislatore, un giudice, un avvocato, un giurista di questo secolo - a tenere separate concettualmente due norme (riguardanti l'una il furto diurno armato, l'altra quello notturno) che, sul piano delle conseguenze, chiudevano col medesimo '*iure caesus esto*', riconducendo l'una nel campo delle norme incriminatrici, l'altra in quello delle scriminanti? O, piuttosto, disinteressati a concettualizzazioni di tal fatta, i legislatori straordinari del 451 a.C. miravano sì a registrare *mores* inveterati, ma nel tentativo sotterraneo di spostare il *ius occidendi* dal campo di quella repressione privata (fondata, in parte, anche su credenze e pratiche magiche)⁶⁰⁷ che sempre più diveniva d'impaccio alla

⁶⁰⁵ L. GAGLIARDI, '*iure caesus esto*', cit., 433: «la norma sul furto notturno contenuta nelle XII Tavole si limitava ... a fissare, in modo oggettivo, le condizioni, i presupposti in base ai quali fosse legittima l'uccisione del ladro»; in altre parole, «non c'era nessun riferimento a procedure che dovessero essere rispettate, o a decisioni giudiziali», ma «in caso di sussistenza delle condizioni previste dalla legge, l'uccisione sarebbe avvenuta secondo il diritto oggettivo (*iure*)». Il che può essere accettato sempre che non si voglia estendere anche a Tab. 8.12 il regime della *endoploratio*.

⁶⁰⁶ Cfr., sul punto, L. ARU, *Appunti*, cit., 119 ss.

⁶⁰⁷ Come già abbiamo visto per il caso del *fur qui se telo defendit*, il derubato sarebbe ammesso alla sua uccisione solo dopo una '*ploratio*': si potrebbe così ipotizzare che in Roma - a differenza, ad esempio, di quanto accadeva nella civiltà omerica: cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 230 - anche l'uso della forza da parte dei privati ('self help' o 'self redress'), quale risposta immediata alla ingiustificata violenza altrui (in ambiente tanto precittadino, quanto cittadino, seppur limitatamente) dovesse trovare un ulteriore fondamento nella pronuncia di parole o nella ripetizione di gesti: l'impiego della forza (anche a titolo di vendetta), quindi, non sarebbe giustificata solo dall'offesa subita (né, quindi, si attergerebbe a risposta ad un male ingiustificato motivata unicamente da ragioni psicologiche e sociali), ma assurgerebbe ad atto già *in nuce* parzialmente ritualizzato (in virtù di credenze ancestrali) nel suo *incipit*: un 'self help', insomma, non legato a elementi magici nel suo materiale dispiegarsi

'pressione ordinante' della comunità politica, al campo della repressione - direttamente o mediatamente - cittadina?

È a mente di tali interrogativi che vorrei, con le seguenti brevi note, aggiungere qualche considerazione personale alla delicata problematica. Infatti, più che, come è stato diffusamente affermato, una conformità al diritto in senso oggettivo (*iure*), l'uccisione del ladro notturno ben potrebbe qualificarsi, a mio avviso, quale contenuto di un 'potere' (la cui genesi si tenterà nel prosieguo di spiegare) che riflette un 'diritto soggettivo' facente capo al derubato. Vero è che, sotto il profilo delle pratiche conseguenze (non punibilità del derubato uccisore), nulla muterebbe, in quanto alla liceità del contegno del derubato la *lex*, in definitiva, farebbe sostanziale riferimento; ma, a mio avviso, ciò rilevarebbe in quanto costituirebbe solido argomento (da aggiungersi ad altri) per sostenere che ancora non è dato scorgere nel quinto secolo una ben definita concettualizzazione di *ius* in senso 'oggettivo', ossia di *ius* quale astrazione superiore di un 'ordine deontologicamente laico' (in contrapposizione al polo religioso del più solenne imperativo divino del *fas/nefas*), agglutinate la compagine sociale e risultato della sommatoria di una pluralità di singole disposizioni cogenti (si dice, comunemente, di matrice consuetudinaria)⁶⁰⁸. A prescindere dalla considerazione

(come, per esempio, sarebbe il *mascalismōj*, su cui cfr. Aesch. *choeph.* 439; Soph. *El.* 445; Suida voce [™] *mascal...sqh*; Hesych. voce *mascal...smata*) bensì, ferma la libertà delle modalità di esecuzione, doverosamente supportato da una preventiva ritualità formulaica rivolta, a seconda dei casi, o all'offensore o agli dei. Anche con riguardo alla fase precittadina, quindi, tali invocazioni potrebbero interpretarsi in funzione delimitativa della originaria violenza indiscriminata: come un ultimo 'richiamo all'ordine' compiuto dalla parte offesa (nel caso del cd. 'self help' preventivo); come una sublimazione fondante dell'esercizio della forza (nel caso del cd. 'self help' reattivo).

⁶⁰⁸ Sarebbe, invero, questo un 'corposissimo' modo di intendere il più antico *ius* romano: secondo la tesi (sostanzialmente seppur non formalmente professata come tale) 'laicistica' del Guarino (A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 142 ss.; 148 ss.) *ius* avrebbe rappresentato sì uno sviluppo dell'originario sistema imperativo religioso del *fas/nefas*, ma non si sarebbe generato come 'ordine religiosamente orientato', bensì avrebbe avuto come dominio concettuale quello di ambito deontologico umanamente creato, nato in seno a quella 'sfera di autonomia e libertà' (*fas*) lasciata dagli dei agli uomini, perché essi potessero, come meglio credevano, regolare i loro rapporti; tale *ius*, inoltre, si sarebbe manifestato in quel «fondamentale patrimonio» (così B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 87, nt. 39) rappresentato dai *mores* e l'attività della *iurisdictio*, lungi dall'aver avuto carattere costitutivo, si sarebbe imposta quale mera attività di solenne e formale 'rivelazione' di un *ius* (oggettivo) preesistente, da intendersi non come ordinamento giuridico 'tout court', ma come ordinamento esclusivamente privatistico cui non afferivano le istituzioni relative alle *gentes*, ai *senes*, al *rex*, ai *magistratus*, ai *comitia* etc. (A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*,

di carattere generale che l'idea unitaria di 'sistema'⁶⁰⁹ presuppone – sulla base di consolidate abilità contemplative della realtà esistente – poteri di sintesi, astrazione ed induzione che si riscontrerebbero solo in una fase successiva dello sviluppo intellettuale e culturale del pensiero⁶¹⁰ (poteri comunque conquistati nel mondo romano mai in modo raffinatamente eccelso, dacché, come s'è autoritativamente già rilevato, il latino «ha dato alla cultura europea il termine del reale, lasciando al greco quello dell'ideale»⁶¹¹), i luoghi delle XII Tavole in cui si rinviene il sostantivo *ius* (non solo in 'funzione predicativa' del soggetto, come per *fas* e *nefas*, ma anche in 'casi indiretti': segno palese cioè

cit., 166, nt. 34; cfr., altresì, tra gli autori che hanno inteso *ius* nel primigenio significato di diritto laico della *civitas*, G. BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di 'fas' ed 'ius'*, in *RISG*, X, 1935, 209 ss.; P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, I, Milano, 1926, 279 ss.; P. NOAILLES, *'Fas' et 'Ius'. Etudes de droit romain*, Paris, 1948, 85; *Id.*, *Du droit sacré au droit civil*, Paris, 1949, 102 ss.). Sulla stessa scia pure s'è posto il sostenitore di una tesi che io non esiterei a chiamare 'religioso-istituzionalistica' quale l'Orestano: lo studioso infatti ha pensato ad un *ius* inteso quale predicazione originaria di una liceità (subordinata al volere degli dei) di un fare (*agere, gerere*), come *fas* sarebbe stato indice della conformità al volere divino di un *fare*; e la *iurisdictio*, in tal contesto, si sarebbe imposta quale funzione inserita nella primitiva e indistinta *manus* del *rex*, le cui decisioni 'fattualmente' – e non quali precedenti – si sarebbero imposte come somma di tasselli atti a comporre un ordinamento oggettivo istituzionalmente auto-impostosi (R. ORESTANO, *Dal 'fas' al 'ius'*, in *BIDR*, XLVI, 1939, 194 ss.; *Id.*, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, 1967, 100 ss., 194 ss.). Ma se la tesi del Guarino sia non pare tener conto del fatto che, concependosi il *ius* come una parte del *fas*, allora tutto ciò che è qualificabile come *ius* dovrebbe essere anche *fas*, laddove tutto ciò che è *fas* non dovrebbe anche, automaticamente, essere *ius* (ed infatti – a mio avviso erroneamente – i *dies religiosi*, come il *dies Alliensis*, o i *dies comitiales* sono detti essere solo attinenti al *ius* e irrilevanti per il *fas*: A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 137), sia retrodata a tempi ancestrali le definizioni di *fas* e *ius* date da autori del quarto secolo d.C. (Serv. *ad georg.* 1.269; *Isid. orig.* 5.2.2) usando come *discrimen* il tipo di fonte (umana/divina); e se la tesi di Orestano (che pure mi pare condivisibile per l'importanza attribuita ai cd. fatti di normazione auto-legittimati e alla 'liceità religiosa') non spiega affatto in modo fondato e argomentato la distinzione tra 'conformità alla ritualità gestuale' (*ius*) e 'conformità alla ritualità verbale' (*fas*); allora – dicevo – entrambe queste concezioni a me paiono ben criticabili in quanto attribuiscono ad un'epoca assai risalente un concetto innegabilmente esistente nelle fonti (quello di *ius* come ordinamento positivo, eminentemente privatistico), ma affermatosi in epoca successiva, come testimonierebbe, a mio avviso, l'impiego decemvirale di *ius* quale predicativo dell'imperativo *esto* (Tab. 5.3; Tab. 6.1) o nella forma ablativale *iure* (Tab. 8.12). Più complesso e sfumato il pensiero dell'Albanese ad avviso del quale *ius* sarebbe stato qualificazione-predicazione di una condizione riconosciuta in termini di stabilità, approvazione, normalità, normatività: *ius* sarebbe stato, insomma, il sintomo di un «giudizio positivo circa una situazione, rispetto ad un ordine dovuto», ad un ordine concepito come «assetto armonico», di modo che i valori corrispondenti alle categorie giuridiche oggettive e soggettive si sarebbero confusi e sarebbero rimasti impliciti (B.

di una maggior flessibilità e articolazione della tavola di valori da esso espressi⁶¹²), anche a non voler considerare detto dominio semantico come primigenio, evidenziano – a mio parere – come la sfera dell'oggettività non sia ancora non solo abbozzata, ma neppure timidamente emersa⁶¹³, e si risolvono in sicuri indici della prevalenza di un orientamento semasiologicamente soggettivo. Se esuliamo da tutti i passi in cui si rinviene *ius* nel senso sicuramente traslato di 'contesa giudiziaria', 'procedimento rituale', 'tribunale'⁶¹⁴, nel versetto consacrato in Tab. 6.1 (*cum faciet nexum mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*)⁶¹⁵,

ALBANESE, *Premesse*, cit., 78). Invero tale concezione non permetterebbe di attribuire un senso univoco al *ius* quale si rinviene – in ambito giuridico – nei precetti decemvirali (fatta eccezione per i luoghi in cui è evidentemente indice di un senso traslato: Tab. 1.1; Tab. 1.3; Tab. 3.3) e in contesti religiosi quali quello di Gell. 1.12.14 e Cat. *de agr.* 139.

⁶⁰⁹ Impiego il sostantivo coscientemente in luogo di 'ordinamento', ed evito, altresì, di qualificarlo solo con l'aggettivo 'normativo' o 'giuridico', a mente di quella raffinata scuola di pensiero che, seguendo la via indicata dalle considerazioni di P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 31, intende sostituire, almeno per i primi secoli della storia di Roma, all'idea di 'ordinamento' quella – più pertinente – di 'sistema giuridico-religioso' (sul punto, vd., comunque, le note di F. SINI, '*Sua cuique civitati religio*'. *Religione e dirittopubblico in Roma antica*, Torino, 2001, 36 ss.; *Id.*, *Negazione e linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in *Arch. Stor. Giur. Sardo di Sassari*, IV, 1997, 32 e nt. 16). Quanto alla mia preferenza, qui manifestata per una menzione semplice del solo 'sistema' (rispetto al più complesso catalaniano 'sistema giuridico-religioso'), rimando alle perspicue argomentazioni di Giorgio Agamben che, di recente, ha enfatizzato sia la necessità di impiegare la massima cautela «ogni volta che si presuppone, a monte di una scissione storica che ci è familiare, uno stadio preistorico (o comunque più originario) unitario», sia quella dell'accortezza «di non proiettare semplicemente sull'«indistinto primordiale» presupposto i caratteri che definiscono la sfera religiosa e quella profana che ci sono noti e che sono, appunto, il risultato della scissione» (G. AGAMBEN, '*Signatura rerum*'. *Sul metodo*, Torino, 2008, 90 s.).

⁶¹⁰ Cfr., in questi termini, persuasivamente, R. ORESTANO, *I fatti di formazione*, cit., 108, il quale sottolinea come «per lungo tempo, l'uomo procedette nei suoi ragionamenti soltanto per analogie e con inferenze da particolare a particolare» e come «fu solo attraverso una lunga elaborazione di poteri logici e di esperienze delle loro funzioni, che si sviluppò l'attitudine, e per gradi insensibili, faticosamente conquistati, di formulare concetti di più in più generali, svincolati dal dettato delle singole esperienze concrete, e di porli a base di un complesso indeterminato di applicazione». Sulla «singolare riluttanza dei Romani all'astrazione» (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, trad. it., Firenze, 1946, 35), vd. gli interessanti spunti di 'grammatica' contenuti in K. VOSSLER, *Civiltà e lingua di Francia*, trad. it., Bari, 1948, 116; A. TRAINA, *Sul problema dell'astratto nel teatro latino arcaico*, in *Riv. filol. class.*, CXIX, 1991, 118 ss.; J. HUMBERT, *Statisme et évolution dans l'histoire du droit écrit*, in *Rev. Ét. Lat.*, XLII, 1964, 400 ss. Così, a mio avviso, deve essere avvenuto anche per *ius* quale somma non tanto di 'norme', ma sintesi unitaria di singoli *iura* (consacrati

ovvero in quello di Tab. 5.3 (*uti legassit suae rei, ita ius esto*)⁶¹⁶, ad esempio, non riesco a spiegarmi affatto la presenza di *ius* come espressione di un ordine superiore positivo, ossia di un «diritto obiettivo»⁶¹⁷ (in quanto concetto questo evidentemente anacronistico), ovvero nel senso ‘concreto’ di «regime giuridico»⁶¹⁸ (in quanto inconcludente sotto il profilo descrittivo degli effetti del negozio), o nel senso astratto di «regola»⁶¹⁹ (in quanto precettivamente inutile ed eccessivamente astratto). Né, ad onor del vero, mi persuade pienamente il pensiero di chi ha sostenuto che in versetti come quelli delle *leges* consacrate in Tab. 5.3, Tab. 6.1, nonché Tab. 12.5 (*quodcumque postremum populus [iussisset]*

nell’*interpretatio* dei *prudentes* che li rivelavano o li inventavano, nonché nelle pronunce dei *reges* che *iura reddebant* [Liv. 1.41.5; Cic. *rep.* 2.21.38] e dei magistrati repubblicani che in vista della *sententia* privata *ius dicebant* [Gai 4.13-17]: ‘spettanze’ riconosciute ai consociati quali vantaggi, ma anche a titolo di svantaggio (B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 199 s., che cita, *ex plurimis*, Liv. 1.32.10; D. 2.13.9.1; Gai 2.14; D. 29.5.21.1).

⁶¹¹ Cfr. A. TRAINA, *Riflessioni sulla storia della lingua latina*, premessa a F. STOLZ - A. DERNBURGER - W.P. SCHMID, *Storia della lingua latina*⁴, trad. it., Bologna, 1993, XXVI, nt. 1. Cfr., altresì, J. MAROUZEAU, *L'accès de Rome à son destin littéraire*, in *Bull. Ass. G. Budé*, XIII (fasc. ‘Lettres d’humanité’), 1954, 63.

⁶¹² A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 136.

⁶¹³ Secondo la tesi ‘teocratica’ delineata dal De Francisci - in aperto disaccordo con quanto ricostruito dallo stesso nel primo volume della sua *Storia del diritto romano* ove si accentuava il valore oggettivistico del *ius*, e con forti debiti verso il pensiero di Dumézil (vd. G. DUMÉZIL, *A propos du latin ‘ius’*, in *RHR*, CXXXV, 1947-1948, 105; cfr., altresì, *Id.*, *La religione romana arcaica*, trad. it., Milano, 2001, 84) - sia in *Arcana imperii* che in *Primordia civitatis*, *ius* e *fas* avrebbero indicato una pronunzia formalmente umana, ma sostanzialmente di matrice divina; indi, il primo termine sarebbe stato segno della «sfera entro la quale l’individuo può esercitare la propria potenza» (cfr. P. DE FRANCISCI, ‘*Primordia civitatis*’, Roma, 1959, 378; *Id.*, ‘*Arcana imperii*’, III.1, Milano, 1948, 136 ss.) pronunciata dai capi precivici e civici della comunità in indissolubile connessione col giudizio (cd. teoria del ‘Führertum’ e della ‘natura costitutiva della *iuris dictio*’). Rimanendo prevalentemente entro la cornice della laicità, invece, e attribuendo all’originario sistema di risoluzione delle controversie romano la struttura di un *ordalium*, pur per vie diverse, si sono mossi il Gioffredi e il Kaser. Sulla base di argomentazioni di natura - soprattutto comparatistica - il primo, se concepiva l’attività giurisdicente classica come enunciazione della norma applicabile (*Id.*, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Roma, 1947, 17 ss., 45 ss., 63 ss.), era d’altro canto certo che tale significato dovesse essere escluso per le origini: egli vedeva in *ius* un originario luogo circoscritto dai consociati ove avveniva il duello, indi, il luogo dove il capo, quale *iudex* o *ius dicens*, pronunciava la soluzione della controversia con ‘verbi costitutivi’ (*ius dicere*, cioè, nel senso ampio di ‘fare il diritto’, laddove, primitivamente, era da intendersi come enunciazione d’imperio da parte del capo del mezzo formale adatto a risolvere la controversia); di lì (*ius* come statuizione del caso concreto) alla concezione di *ius* come «comportamento voluto dagli dei o imposto dal magistrato», «fissazione autoritativa di ciò che è» e, per traslato, «spettanza» ovvero «regola», «regime giuridico», «situazione giuridica», «comportamento

<iusserit> id ius ratumque [esset] <esto>⁶²⁰, il riferimento a *ius* sia spiegabile come richiamo da parte del legislatore, entro una dialettica (di cui non nego affatto l'esistenza)⁶²¹ tra due modi di intendere il diritto 'tout court' (*ius/lex*), assolutamente necessario per porre un'uguaglianza di forza prescrittiva tra i due poli in tensione: i tre versetti da ultimi riprodotti, insomma, reciterebbero *ita ius esto* (o, quanto a Tab. 12.5, *ius ratumque esto*) e non *ita lex esto*, giacché la *lex*, lungi dall'imporsi autoritativamente da sé sola, dovrebbe rifarsi al maggior prestigio 'imperativo' del *ius* (ossia dei *mores pregressi*)⁶²².

vincolato», ad avviso dello studioso, il passo non sarebbe stato troppo lungo (C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 175, 181, 187; Id., 'Ius-Lex-Praetor', in *SDHI*, XIII-XIV, 1946-1947, 51, su cui vd., tuttavia, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 152 ss.; G. PUGLIESE, *Recensione a C. GIOFFREDI, Diritto e processo*, cit., in *Iura*, VII, 1956, 195 ss.; M. KASER, *Recensione a C. GIOFFREDI, Diritto e processo*, cit., in *Labeo*, I, 1955, 315, 318; F. WIEACKER, *Recensione a C. GIOFFREDI, Diritto e processo*, cit., in *ZSS*, LXXIV, 1957, 420 ss.). Il secondo, in un primo momento, aveva parlato sia di 'atto lecito di apprensione' («die von den Göttern gebilligte Befugnis zu einem Zugriffsakt»: M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 31), sia di liceità di un atto di apprensione («jedes Verhalten, das keine andere Person verletzt, insbesondere der erlaubte Zugriff, die keine Privatrache erzeugt»: M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 24); poi, in adesione alle critiche sia di Hans Julius Wolff sia di Alvaro d'Ors (A. D'ORS, *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de 'Ius'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano, 1953, 277 ss.; H.J. WOLFF, in *Seminar*, VII, 1949, 91), rettificava nel senso di «was eine Person oder Gruppe tut oder begehrt in der Ausübung einer Machtposition» (M. KASER, *Recensione a C. GIOFFREDI, Diritto e processo*, cit., 315) e di «das Zugehörigsein des Objekts zu einem bestimmten Träger, also die von der Autorität anerkannte Machtstellung der Person über das Objekt» (M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 318). Con una ricerca accurata e ampissima, sulla stessa scia cd. 'soggettivistica' si è, poi, posto il Santoro (ma in modo adeguatamente critico delle impostazioni eccessivamente laicistiche di Guarino, Gioffredi e Kaser: R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, XXX, 1967, 457 ss.). Il romanista - studiando doviziosamente la formula *ex iure Quiritium* nel rito della *legis actio sacramenti in rem* e vedendo, innovativamente, nella *vindicatio* l'espressione d'un dato di fatto presente, di una situazione di potere che la parte realizza attraverso l'esercizio dell'azione medesima (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 181 ss., 136) - è giunto a concepire il *ius* primigenio non come 'ordine oggettivo', ma come «forza rituale», ossia come forza che si manifesta nella dimensione dell'azione, come realizzarsi di momenti dinamici nelle forme del rito (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 181 ss., 202 ss.). Ora, concependosi il *ius* - a mente di G. DUMÉZIL, *A propos du latin 'Ius'*, cit., 105 ss. - sulla base dell'indoeuropeo *yauz/yaus/yaos come etimologicamente connesso al sanscrito yōh (formula), e a composti tanto vedici (*sám ca yos ca*, come 'formula di salvezza', 'invocazione di celeste benedizione') indicanti la presenza, staticamente intesa, della purezza rituale e della piena validità (*optimum*), quanto avestici (*yauzdadaiti*: egli purifica attraverso il rito), impiegati per indicare il raggiungimento dell'assenza di

A prescindere dalla 'nuance' di cui lo si voglia colorare, mi pare che l'orientamento soggettivistico sia, invero, nettamente preferibile (anche alla luce del dato formale rappresentato dalla correlatività *uti ... ita*) e che, attesa la «alta arcaicità»⁶²³ del comando decemvirale (corroborata pienamente dalla funzione predicativa di *ius* corrispondente al registro del *fas* e del *nefas*), si possa supporre che finanche per le origini detta gradazione semantica sia stata quella prevalente. Sicuramente più collimante con la realtà è, a quanto credo, l'interpretazione di chi già ha visto riflesso nell'imperativo in questione (con riguardo specifico a Tab. 6.1) un 'diritto immediatamente eseguibile', ossia una pretesa con

contagio con la sfera della morte (Id., *Potere ed azione*, cit., 198 ss., 202), l'ipotesi che l'autore ha con vigore avanzato (ossia, come testé detto, che il primitivo significato di *ius* sia stato quello di 'forza rituale', e non di 'formula rituale' come suggeriva, invece, H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, 39 ss.), mi pare alquanto azzardata. E ciò non solo perché tale definizione si basa su alcuni fraintendimenti come quello della matematica equazione *ius/ritus* e *mos/ritus* (Id., *Potere ed azione*, cit., 159, 180 s.), o perché spiega l'ablativo *iure* e l'aggettivo *iustus* in termini di 'ritualità' sovente con riguardo a fonti che, invece, testimoniano l'oramai consolidata sfera semantica legata alla 'regola di diritto' e alla 'conformità alla regola di diritto' (Id., *Potere ed azione*, cit., 159 ss.), ma, anzitutto, in quanto tale ricostruzione presupporrebbe una capacità di astrazione dei Romani davvero unica, e per nulla supportata dagli studi di linguistica storica (cfr., per taluni spunti di ineguagliabile sottigliezza critica, S. TONDO, 'Vindicatio' primitiva e grammatica, in *Labeo*, XVI, 1970, 77 ss.). Vero è, tuttavia, che con l'autore siciliano non si può che concordare nella parte in cui egli sostiene che per l'età (più avanzata) decemvirale il concetto di 'forza' (orientata decisamente in senso magico) immanente ad un soggetto sembra ben giustificabile come fondamentale idea portata da *ius*, e comunque pregressa rispetto a quella laicizzata di diritto oggettivo (Id., *Potere ed azione*, cit., 446): possono ritenersi fondanti, infatti, a mio avviso, sia l'idea base della radice **yewos/yewes* (formula benefica, formula 'di incitamento' nell'area latina, 'di pacificazione' nell'area sanscrita), sia il significato etimologico del derivato *iurare*, ossia «operare una formula fausta (magica)» (G. DEVOTO, *I problemi del più antico vocabolario giuridico romano*, in *Atti del congresso di diritto romano*, I, Pavia, 1934, 23 ss.; Id., *Origini indeuropee*, Firenze, 1962, 325; Id., voce *giure*, in *Dizionario etimologico. Avviamento alla etimologia italiana*, Firenze, 1968, 190 s.), sia, da ultimo, l'impiego di '*iusta facere*' per indicare cerimonie di 'purificazione' funerarie (R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 155 ss.).

⁶¹⁴ Vd. Tab. 1.1, 3.1, 3.2, 3.3, 6.6. Sul significato topografico di *ius* vd. B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 76, nt. 6, che giustamente ritiene non persuasiva la congettura che tale significato sia stato quello originario, nonché G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 74 ss. Mi avvedo del fatto che in Tab. 3.1 (*aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*) '*iure*' ben potrebbe significare 'in conformità al diritto oggettivo' (così, già G. FUNAIOLI, *Osservazioni critiche sulle leggi delle Dodici Tavole*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano [Bologna - Roma 1933]*, I, Pavia, 1934, 73 ss.): vero è, tuttavia, che è parimenti innegabile la non genuinità del versetto nella sua attuale stesura (che, appunto, giustappone stravagantemente un genitivo, *aeris confessi*, a un dativo o a un

la stessa forza di quella stabilita con giudicato, e pertanto azionabile con *manus iniectio pro iudicato*⁶²⁴: e ciò non tanto per l'errata convinzione di una immediata 'Exekutivkraft der Libralakte' ('Akte' asseritamente forniti di una formula '*damnas esto*')⁶²⁵, quanto per l'evidente spostamento operato in una direzione marcatamente soggettivistica⁶²⁶. Rimanendo concentrati sulla formulazione della *lex* di Tab. 6.1, ci si accorge agilmente come i due negozi elencati (*nexum* e *mancipium*) siano connotati da una forma a rilevanza «esaustiva»⁶²⁷ che annichilisce il contenuto volitivo e lo schiaccia in una relazione indissolubile tra ciò che è

ablativo, *rebusque iure iudicatis*), come riportata in Gellio (20.1.45). Senza dire, poi, del fatto che in altro passo delle *Noctes Atticae* riprodotte il *carmen* decemvirale (Gell. 15.13.11) manca addirittura l'ablativo '*iure*': si potrebbe ipotizzare (non volendo vedere in '*iure*' un riferimento al 'rito', cosa peraltro da non escludere aprioristicamente: G. NICOSIA, *Il processo*, I, cit., 76), addirittura, la preferenza di Gell. 15.13.11 a Gell. 20.1.45 (cfr., in tema, B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 37, nt. 103).

⁶¹⁵ Cfr. per Tab. 6.1 (il cui tenore letterale è riprodotto in Fest. voce '*nuncupata pecunia*' [Lindsay 176]), Cic. *off.* 3.16.65-67 (*ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*), nonché, per la riconducibilità del *carmen* al codice dei decemviri, Cic. *de or.* 1.57.245 (*et, credo, in illa militis causa, si tu aut heredem aut militem defendisses, ad Hostilianas te actiones, non ad tuam vim et oratoriam facultatem contulisses: tu vero, vel si testamentum defenderes, sic ageres, ut omne omnium testamentorum ius in eo iudicio positum videretur, vel si causam ageres militis, patrem eius, ut soles, dicendo a mortuis excitasses; statuisses ante oculos; complexus esset filium flensque eum centum viris commendasset; lapides me hercule omnis flere ac lamentari coegisses, ut totum illud 'uti lingua nuncupasset' non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur*). Sul primo passo ciceroniano citato vd., da ultime, le penetranti osservazioni di M. TALAMANCA, *Le Dodici tavole e i negozi obbligatori*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 350 ss., che lo collega - onde spiegare il *duplum* e il verbo *infitari* - all'ipotesi di *nuncupatio de modo agri* (e, quindi, a Gai 4.8 e a Paul *sent.* 1.19.1). Pressoché del tutto inutile, ai nostri fini, invece, è il frammento del commento di Gaio alle XII Tavole contenuto in D. 2.14.48. Il versetto decemvirale in questione (*cum faciet nexum Mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita ius esto*) secondo la *communis opinio* (*contra*, ma con argomenti debolmente fondati, cfr. N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana*, I, *Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979, 47 ss., con ampia bibliografia sul tema, 52 ss., ntt. 14 ss.) intenderebbe riconoscere 'validità' alle *nuncupationes* (pronunce verbali formali, ma non fisse, in contesto solenne gestuale) sia principali che, grazie all'attività interpretativa pontificale, accessorie (cfr., con limpida e lineare motivazione, in favore della ricostruzione tradizionale A. BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura del negozio della 'fiducia'*, cit., in *Iura*, XXXIV, 1986, 180 s.);

oggettivamente reso sensibile dal *nuncupare*⁶²⁸ e la 'sfera di potere soggettivo' che 'performativamente'⁶²⁹ i *gesta* e i *verba* determinano nel suo venire in essere puntualmente definito: 'allorchè si ponga in essere un *nexum* o una *mancipatio*, sia (*esto*) in capo al 'creditore' o al *mancipio accipiens* una 'sfera di potere' (*ius*) non più ampia e non più ristretta di quella che (*uti ... ita*) con la lingua risulta dalle indicazioni verbali che l'hanno creata (*lingua nuncupassit*)'. Lo stesso, del resto, pare valere per Tab. 5.3: 'nei limiti in cui il testatore ha pronunciato la solenne formula della *lex (uti legassit)*⁶³⁰ avente ad oggetto il proprio patrimonio (*suae rei*), sia creato il *ius* in capo al beneficiario'.

e ciò pur essendo controversa, invero, l'ampiezza del contenuto di detto riconoscimento (anche se, a mio avviso, l'idea del Volterra secondo cui accanto al formalismo delle mancipazioni le nuncupazioni avrebbero permesso 'libertà senza limiti', a ragione e convincentemente è stata criticata dal Bonfante, che ha ridotto la portata delle nuncupazioni a clausole rientranti nella funzione alienatoria della *mancipatio*, come la *deductio servitutis* o *usus fructus*, o la dichiarazione di vendita di fondo *optimus maximus* o di esistenza di *iura pnediorum*: cfr., sul punto, E. VOLTERRA, voce '*nuncupatio*', in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, Roma, 1926, 145 ss.). Non sarebbe, di poi, eccessivamente assurdo (anche se il tenore di *Cic. off.* 3.16.65-67 parrebbe, nel suo rigore, escludere ciò) ritenere che la disposizione decemvirale in parola si riferisse (con riguardo sia all'incidentale retta da *cum*, sia a quella introdotta da *uti*) al *mancipio accipiens*: si potrebbe congetturare che questi, almeno in origine, fosse il solo a *lingua nuncupare* onde fissare tutto il contenuto del negozio, comprese le clausole accidentali (cfr., in termini simili ai miei, R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 303, nt. 7), e così precisare con compiutezza i confini del *ius* costituiti inesorabilmente - e senza rilievo della volontà: S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti*, Milano, 1949, 51 ss.; C. GIOFFREDI, *Su XII 'Tab.' VI.1*, in *SDHI*, XXVII, 1961, 343 ss. - con i *certa verba* e *certa gesta* dell'atto *per aes et libram* (ma vd., altresì, le ponderate annotazioni, seppur possibilistiche, di M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole*, cit., 352 s. e nt. 58).

⁶¹⁶ Cfr. per Tab. 5.3 (il cui testo, come riprodotto, è in Gai 2.224; D. 50.16.120; variante notevole in D. 50.16.120; Tit. Ulp. 11.14, *Cic. de inv.* 2.50.148, che riconducono alle XII Tavole la *tutela* testamentaria: il che, a mio modo di vedere, potrebbe spiegarsi con una confusione tra testo scritto decemvirale e successiva interpretazione estensiva della giurisprudenza), da ultimo, U. AGNATI, *Sequenza decemvirali. Analisi di Cicerone 'De inventione' 2.148 e 'Rhetorica ad Herennium' 1.23*, in M. HUMBERT (ed.), *Le Dodici Tavole*, cit., 253 ss., il quale discute panoramicamente delle tre versioni (a, b, c) del precetto, dando conto del recente vivace dibattito in tema (vd., tra gli altri, M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma - Bari, 1998, 17 ss., 246 ss.; B. ALBANESE, *Osservazioni su Tab. 5.3*, in *ASGP*, XLV.1, 1998, 35 ss.). Non convince, peraltro, la interpretazione di Humbert e di Coli secondo cui il *legare* del versetto farebbe riferimento non alla *mancipatio familiae*, come ritiene la dottrina dominante (vd., per tutti, P. VOICI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*, Milano, 1960, 3 ss.), ma al testamento comiziale (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, nt. 37; U. COLI, *Il testamento nella legge delle XII Tavole*, in *Iura*, VII, 1956, 40 e nt. 62): ciò che diverge dalla

Con la *lingua* il rito gestuale crea e definisce l'area entro cui un soggetto è 'potente', 'agente' e 'pretensivo', ossia formula a mezzo di 'performative utterances' il *ius*: un'invincibile eziologia meccanicistica connette la 'forza creativa' dei *verba*, entro certi *gesta*, a una 'forza attiva' ben delimitata, a un *ius* che, nella sua originaria essenza, qualcuno ha suggestivamente indicato addirittura come «die übernatürliche Kraft, durch Reinheit von Befleckung mit Todeskeimen charakterisiert, also eine mystische Lebenskraft»⁶³¹: anche se, ad onor del vero, ora silenzi impietosi

Tab. 6.1, a mio avviso, è che qui il soggetto del *legare* è ovviamente il testatore *dans*, mentre il *familiae emptor* è sottinteso al dativo in *ita ius esto*: dichiarazione costitutiva e soggetto che ottiene costitutivamente il *ius* sono in altre parole diversi, mentre in Tab. 6.1 (attesa, peraltro, la innegabile struttura unilaterale della *mancipatio*) potrebbe forse ipotizzarsi un'identità di soggetti nelle prime due parti della *lex* (*cum ... uti...*) e un dativo sottinteso indicante il medesimo agente in '*ita ius esto*' (*mancipio accipiens* e *non dans*).

⁶¹⁷ Così, ad esempio, G. PUGLIESE, '*Actio*' e diritto *subiettivo*, Milano, 1939, 120, nt. 1. Cfr., in senso decisamente contrario alla interpretazione oggettivistica, anche E. CANTARELLA, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 2001, 96.

⁶¹⁸ Così C. GIOFFREDI, '*Ius-Lex-Praetor*', cit., 52, che è ben consapevole, tuttavia, delle illuminanti notazioni dell'Arangio secondo il quale non è possibile intendere *ius* «né in senso strettamente soggettivo (poiché indubbiamente l'espressione vuol dare un particolare rilievo anche al dovere giuridico), né in senso strettamente oggettivo (perché la norma astratta è già nella legge, non sorgerà dal fatto del privato), bensì in un senso dinamico che coglie la norma nell'atto in cui si soggettiva» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1968, 22): ma, se mi è permesso, vorrei rilevare che, se l'oggettività si rinviene nella disposizione imperativa/descrittiva (insomma: più nell'*esto*, indice del rapporto eziologico tra parole e gesti formali e costituzione del *ius*, che nel *ius* stesso), e se categorie come quelle di diritto soggettivo e diritto oggettivo sono solo ausili artificiali per muoversi in una selva di categorie di un'epoca in cui l'uomo non concettualizzava come noi concettualizziamo (B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 78), allora, la 'regola' sembrerebbe consistere nella enucleazione di principio ricavabile dal precetto consacrato nelle Tavole (disposizione scritta) e il riferimento interno a '*ius*' si risolverebbe nell'indice formalizzato della 'sfera soggettiva' che (anche) il precetto vuole delimitato inesorabilmente alle indicazioni delle *nuncupationes*: si sarebbe tradotto, da parte dei decemviri, in termini giuspositivistici imperativi (ossia in un *certum* deontologico anche *lege*), il rapporto immediato tra pronuncia di parole in un contesto formale e costituzione del *ius* (della sfera immediatamente creato dal potere nuncupativo performativo) in capo al *mancipio accipiens* (*incertum* deontologico, comunque, *natura*).

⁶¹⁹ Così, lapidariamente, S. TONDO, '*Vindicatio*' primitiva e grammatica, cit., 80.

⁶²⁰ Non sono persuaso, invero, della bontà della tesi che sostiene la riconducibilità di tale precetto alle XII Tavole (così, invece, F. SERRAO, voce *Legge [dir. rom.]*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 794 ss., 806, nt. 85; *Id.*, *Classi, partiti e leggi nella repubblica romana*, Pisa, 1974, 32 ss.): sul punto, vd. le ottime

ora gravi accuse di assurdit  hanno sovente travolto l'autore di tale *definitio*⁶³².

Una concezione di *ius* siffatta, ossia di 'Kraft' che ha ad oggetto la messa a morte, e di 'Reinheit' di cui si riveste la persona dell'uccisore con specifico riguardo alla esclusione delle 'conseguenze negative' del suo *occidere*, che non va ad integrare gli estremi del *crimen* di omicidio (di modo che la morte cagionata non determina alcuna frattura di *pax* tra *civitas* e *dii*)⁶³³, si rinviene, a mio avviso, anche in Tab. 8.12, *carmen* che n  si richiama ad un 'ordine superiore' per fondare la propria *auctoritas* n , comunque, fa riferimento ad un imprecisato 'rito' o ad una improbabile

argomentazioni di A. BISCARDI, *Aperu historique du problème de l'abrogatio legis*, in *RIDA*, XII, 1965, 496 s., nonch , pi  estesamente, in *RIDA*, XVIII, 1971, 449 ss.; cfr., altres , M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 13; A. MAGDELAIN, *Le 'ius' arcaique*, in *Id.*, *'Ius', 'Imperium', Auctoritas'. Etudes de droit Romain*, Roma, 1990, 66.

⁶²¹ Credo, cio , che, se *a posteriori* le XII Tavole furono di certo conglobate nel blocco civilistico romano (e ci    innegabile), nel quinto secolo, invece, il loro imporsi come statuizioni statuali tese a stabilire con precisione modelli comportamentali, rimuovendo le incertezze proprie della fluidit  del diritto consuetudinario, fosse qualcosa di troppo 'altro' rispetto alla tradizione pregressa perch  esse non fossero percepite come qualcosa di altamente estraneo al sistema quiritario originario di disciplinamento dei rapporti privatistici (fermo, il loro rilievo anche pubblicistico, che, tuttavia, non attiene al profilo del *ius* propriamente detto). Pi  che una sudditanza che necessita del richiamo al *ius* (come intende F. SERRAO, *'Ius' e 'lex' nella dialettica costituzionale della prima repubblica*, cit., 278 ss.), mi pare preminente il solo rilievo della 'alterit  parallela' del modello innovativo della *lex* a quello del *ius* (*mores, interpretatio, manus regia, dictio*) pi  antico, che si andr  nel prosieguo dell'et  repubblicana a specificare in una dualit  che contrapponeva il *ius* come disciplinamento civile di matrice aristocratica e sapienziale alla *lex* come regola politica popolare-magistratuale (cfr., da ultimo, A. SCHIAVONE, *'Ius'*, cit., 115 ss.). Tra le numerosissime opere che, in modo particolare, si sono occupate dell'argomento, vanno ricordate: B. BIONDI, *'Lex' e 'ius'*, in *BIDR*, LXVII, 1964, 39 ss.; G. BROGGINI, *'Ius lexque esto'*, in *'Ius et lex'. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, 23 ss.; E.C. CLARK, *'Ius' and 'lex'*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1907, 241 ss.; P. CORNIOEY, *'Ius' et 'lex': leurs rapports*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 31 ss.; C. GIOFFREDI, *'Ius-Lex-Praetor'*, cit., 1 ss.; M. KASER, *Die Beziehung von 'lex' und 'ius' und die XII Tafeln*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, 523 ss.; F. WIEACKER, *'Ius' e 'lex' in Roma arcaica*, cit., 3015 ss.

⁶²² Cfr. F. SERRAO, *'Ius' e 'lex' nella dialettica costituzionale della prima repubblica*, cit., 297, il quale non esclude che *ius* possa indicare l'intero ordinamento: ma contro tale ricostruzioni sono ben pi  persuasive le note di A. GUARINO, *La concezione arcaica del 'ius'*, in *Iura*, I, 1950, 427 ss. (nonch  in *Pagine di diritto romano*, cit., 3 ss.) che restringe la portata di quello che sar  definito *ius* (almeno sino a Gaio) al solo 'ordinamento privatistico' strutturalmente manifestantesi, nei suoi primordi, nei *mores*. Io credo che nei due versetti in questione (Tab. 5.3 e Tab. 6.1), invece, il richiamo al *ius*, proprio in virt  della correlazione che lega la proposizione imperativa a quella in cui compare il *nuncupare* e il *legare*, sia giustificabile come segnale di una 'sfera soggettiva'

'sentenza di morte': 'l'uccisione del ladro avvenga in virtù di un 'potere' (e non dovere) che in capo al derubato è meccanicamente insorto: anche qui come in Tab. 8.13, il derubato trasduce performativamente il ladro colto di notte in flagrante (anche se disarmato) entro la sua sfera di appartenenza e di potere. Il *fur*, se membro diretto della *civitas* e perciò *liber*, viene conglobato in una nuova area di appartenenza, ed entro tale area è 'destinato' alla discrezionalità del derubato: la *lex Numae* non trova applicazione. Ma se per il caso del *fur qui se telo defendit* il richiamo all'atto della *ploratio*, che potrebbe concepirsi come un originario atto magico con cui il *fur* viene assorbito nel *ius* del derubato (così come nel

che il solenne e rituale procedimento ha creato nei limiti dei *verba* pronunciati *palam*. E che l'autorità stia nello stesso imperativo (percepito come un *quid* di diverso dal *ius* in quanto *lex*, anche se, di poi, conglobato entro il *ius civile Romanorum*).

⁶²³ S. TONDO, 'Vindicatio' primitiva e grammatica, cit., 80.

⁶²⁴ Vd., in questo senso, M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 103 ss., 118 ss., Id., 'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgenregreß, in ZSS, C, 1983, 84, sulla scia di P.E. HUSCHKE, *Über das Recht des 'nexum' und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 50 ss.

⁶²⁵ Secondo il Kaser l'*ita ius esto* di Tab. 6.1, lungi dall'essere riconoscimento della 'Privatautonomie' (cosa su cui non posso che concordare), sarebbe suscettibile di essere inteso solo nel senso indicato in corpo di testo (esecutibilità immediata in virtù del *damnas esto*): sulla base del dettato di Cic. *off.* 3.16.65, l'autore ha pensato che una litiscrescenza basata sul *nuncupare lingua* (di cui *ita ius esto* doveva essere espressione) fosse stabilita dallo stesso codice dei decemviri e che ciò sarebbe stato segno di una immediata promovibilità della *manus iniectio* (M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 103 ss., 118 ss.): ma, invero, da un lato non si può affatto esser sicuri della epidemica presenza della formula *damnas esto* negli atti librali (vd., per esempio, il *nexum*); dall'altro è petizione di principio affermare che se Tab. 6.1 non riconosce l'autonomia dei privati la sola interpretazione possibile è quella dallo stesso Kaser avanzata; dall'altro ancora è fuorviante riconnettere il principio generale *lis infitiando in duplum crescit*, in buona sostanza, alla forma librare (contraddistinta *nuncupationes lingua* di *damnare*). Non credo errato scrivere che la *poena dupli* di cui parla Cicerone ben possa spiegarsi come risultato dell'attività di *interpretatio* dei pontefici che avrebbe permesso nel caso di *mancipatio* di un fondo e *nuncupatio* del *modus agri* l'immediata promozione di una *manus iniectio*. Aderisce incondizionatamente all'impostazione del Kaser, tra gli altri, M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 38 s. e nt. 75, che ritiene il passo non esplicitazione di Tab. 6.1, ma sintomatico di un'altra disposizione (Tab. 6.2) che, invero, io sarei decisamente portato a obliterare dal codice.

⁶²⁶ Cfr., tra le impostazioni che prediligono l'accezione soggettivistica, da ultimo, R. JACOB, 'Jus' ou la cuisine romaine de la norme, in *Droit et Cultures*, XLVIII.2, 2004, 11 ss., che - sulla base di un'analisi antropologica comparatistica - ricollega il sostantivo *ius* (brodo) al *ius* giuridicamente rilevante (dato nella sua più antica forma da un «ensemble des droits absolus ... que chaque quirite détient à l'égard des autres et dont le corps quiritaire, dans son entier, est garant vis-à-vis de chacun»: Id., 'Jus', cit., 34), ipotizzando una derivazione di quest'ultimo dal primo «par une métaphore caractéristique de la pensée

caso del *puer verberans* la *ploratio* del *parens* destina inesorabilmente l'offensore ai *dii parentum*, consegnandolo al loro dominio e sottraendolo ad un diretto *iudicium domesticum*) e non è più soggetto alla tutela (o alla persecuzione) cittadina, è indiscutibile, più problematica pare Tab. 8.12, ove il *ius* del derubato di *occidere* parrebbe essere sola conseguenza del rinvenimento 'nox' del *fur*. Vero è, tuttavia, che in base al dettato gaiano contenuto in D. 9.2.4.1⁶³⁴, a questa circostanza dovrebbe aggiungersi il '*clamore testificare*' (TM *πιφσresqai φkòntion*). A tal proposito, ben fondata e pienamente condivisibile mi sembra la supposizione del Guarino, che pensa (senza la necessità di

symbolique» (Id., '*Jus*', cit., 58).

⁶²⁷ Così M. BRETONE, *Storia*, cit., 92, sulla scia di P. FREZZA, *Preistoria e storia della 'lex publica'*, in *BIDR*, LIX-LX, 1956, 72 ss.; cfr., altresì, A. SCHIAVONE, '*Ius*', cit., 86.

⁶²⁸ Cfr., per il senso di *nuncupare* (verbo del vocabolario giuridico e religioso arcaico) come *nominare*, *palam nominare*, *pronuntiare nominibus propriis*, Varr. *ling. lat.* 6.7.60 (nonché 7.2.8); Fest. voce '*nuncupata pecunia*' (Lindsay 176); Gai 2.104; vd., altresì, Cic. *off.* 3.16.65; Cic. *de or.* 3.38.153; Liv. 8.9.86; Serv. *ad aen.* 3.89.

⁶²⁹ Indispensabile, sul punto, la lettura di J.L. AUSTIN, *Other Minds*, cit., 123 ss. (vd., altresì, Id., *Performative Utterances*, cit., 220 ss.).

⁶³⁰ Per *legare* nel senso di *legem dicere* cfr. D. 28.1.14; D. 30.114.14; D. 32.22 pr.

⁶³¹ Si tratta della 'deprecata' definizione di *ius* concepita da Axel Hägerström, corifeo della scuola del 'realismo antidogmatico svedese' (su cui vd. l'ineccepibile trattazione di C. FARALLI, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, 1987, *passim*, con ampissima bibliografia di riferimento), nel quadro delle sue altrettanto 'deprecate' tesi magico-giuridiche (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala - Leipzig, 1927, 558). Invero, non può non sedurre (se non persuadere *in toto*) la ricostruzione hägerströmiana secondo cui un nesso sottile, per certi versi impercettibile, ma robustissimo legherebbe la magia e al diritto e alla religione: così, se talora non convince, nello specifico, la natura mistica della *obligatio* (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 19) o la concezione del *damnum* (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 430), mi pare suggestiva sia la 'cornice generale' entro cui si situa la singolarissima produzione del filosofo svedese, sia il portato di talune considerazioni particolari, quali quello del valore 'creativo' (e non 'volitivo' o 'dichiarativo') del *meum esse* nella professione formale del *mancipio accipiens* o l'origine magico-religiosa sia della *sponsio* che del *ius magistratus*. Una valutazione puntuale è cosa impossibile, ma la mia adesione - parziale - non può esulare dalla definizione almeno essenziale di taluni aspetti-chiave. Anzitutto, quale 'background', non può tacersi della concezione 'animistico-meccanicistica' della natura rintracciabile, secondo l'autore, per i primordi della romanità. I *numina* altro non sarebbero che forze magiche pervasive il tutto, la cui 'ira' o 'benevolenza' sarebbe stata determinata in modo 'meccanicistico' (e non sulla base di una *voluntas* divina): il dio *mactus* è il dio 'rafforzato' ed 'esaltato' dai sacrifici e dalle preghiere, ossia, secondo Hägerström, il dio ricavava da tali gesti e parole un aumento di potere a beneficio degli uomini che liberavano la forza

postulare una menda al testo gaiano del commento all'editto provinciale pervenutoci grazie ai *Digesta*⁶³⁵) ad un fraintendimento da parte del giurista del secondo secolo d.C., circa l'originale significato di *endoplorare* inteso erroneamente come un 'conclamare' in soccorso e a testimonianza *aliqui*, laddove la locuzione 'endo plorare' (condizione imprescindibile per l'*occidere iure*), con buona probabilità, all'origine (o, comunque, nel quinto secolo a.C.), avrebbe avuto, quale dominio semantico, quello della necessità per il derubato, prima di ricorrere alla violenza contro il ladro diurno (a sua volta in procinto di impiegare le armi), di rivolgersi allo stesso ladro e di pregarlo di desistere dal suo intento.

rinchiusa negli animali e nelle invocazioni in modo che il dio potesse assimilarla. La forza del sacrificio e la forza dei *verba* si trasferivano e rendevano 'efficace' la forza ipostatizzata nel 'dio', in una indissolubile relazione di causa-effetto (ma vd., per una distinzione tra 'costrizione' e 'adorazione' quale *discrimen* tra magia e religione, che non si avverte in Hägerström, M. MAUSS, *Teoria generale della magia*³, trad. it., Torino, 2000, 15 s.; nonché sull'uso di *mactare*, F. SINI, *Uomini e Dèi nel sistema giuridico-religioso romano. 'Pax deorum', tempo degli Dèi, sacrifici*, in *Diritto @ Storia*, I, 2002, 7 ss.). Così come, del resto, l'ira del 'dio' veniva determinata in modo meccanico: l'uomo colpito dal fulmine non poteva essere sepolto con i *iusta* in quanto l'ira di *Iuppiter*, racchiusa nel fulmine stesso, lo aveva intatto ed era necessario, di conseguenza, evitare ogni contaminazione con persone e ambiente (A. HÄGERSTRÖM, *Das magistratische 'Ius' in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala, 1929, 33 ss.). Lo stesso meccanismo regolava 'magicamente' - ad avviso del filosofo svedese - il rapporto tra il *ius* creato in capo al *mancipio accipiens* e la pronuncia solenne (entro un rituale di magia figurativa e verbale, parificabile alla consacrazione di una *res* ad un dio) della formula '*hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*': come in capo al dio si 'performava' un potere sulla *res*, così la pronuncia delle parole succitate (atteso che *aio* non può aver valore volitivo e l'imperativo *emptus esto* non sembra affatto dichiarare alcunché) 'performava' un analogo potere sul *mancipium* (A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 36 ss.). E lo stesso, *mutatis mutandis*, valeva per il *ius magistratus*: quest'ultimo *ius* si creava per mezzo di due 'elezioni', divenendo da potenziale ad attuale solo a seguito della *lex curiata* e, quindi con il trasferimento all'eletto degli *auspicia* (A. HÄGERSTRÖM, *Das magistratische 'Ius'*, cit., 5 ss., 77 ss.); erano questi ultimi a rendere il magistrato (come era per il re) *iustus*, vale a dire - originariamente - tale da non suscitare l'ira degli dei (almeno), o tale da placarli o da suscitare la benevolenza (al più). Purezza ('Reinheit') e forza ('Kraft') meccanicamente/magicamente erano determinate in capo ad un soggetto che vedeva così delimitata, con puntualità, la propria sfera di intangibilità, la sfera entro cui egli poteva 'agire' o 'pretendere' senza innescare l'ira degli 'dei', ossia, in buona sostanza, conseguenze 'naturali' del trapasso di confini: la sfera, insomma, del suo *ius* (cfr. per i passi in cui *iustus* è sinonimo di *purus* o *ius* indica il concetto di purezza Liv. 1.32.12; Liv. 31.30.4; Cic. *rep.* 1.17.31; Cic. *Mil.* 31.85, su cui vd. A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., 454, 522, 552, 555; per ulteriori esempi in cui *ius* è predicativo, in contesti religiosi, di contegni che 'placano' o 'non suscitano' l'ira degli dei o ne determinano la benevolenza, cfr., altresì, A. HÄGERSTRÖM, *Das magistratische 'Ius'*, cit., 74 ss.).

Imboccando la strada lueggiata dal grande romanista, si potrebbe – seppur con cautela – andare oltre: perché, sulla scorta di quanto detto poc’anzi in tema di *ius*, nonché a mente delle considerazioni già svolte su Tab. 8.13 al principio del presente capitolo, non pensare, altresì, che pure nel caso del *furtum nocturnum* fosse sì riscontrabile *ab origine* come necessaria una *ploratio*, da intendere non come ‘chiamata a testimonianza’, bensì quale ‘formula magica’ pronunciata dinanzi al *fur* e performante, in quel particolare contesto, in capo al derubato un *ius occidendi*? O meglio e più precisamente, perché non ritenere che si trattasse di un’invocazione (*ploratio*) compiuta dal derubato in modo tale da

⁶³² Numerosissimi coloro che hanno tacciato di confusione, assurdità o paradossismo il pensiero del filosofo svedese: si può ricordare W. KUNKEL, *Recensione* a A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., in *ZSS*, XLIX, 1929, 479 ss.; B. KÜBLER, *Recensione* a A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, I, cit., in *Philosophische Wochenschrift*, XLIX, 1929, 209 ss.; G. BESELER, *Bindung und Lösung*, in *ZSS*, XLIX, 1929, 404; E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 71, 448 (che, se non erro, aderisce però alla tesi hägerströmiana del *damnum* in E. BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 182); M. KASER, *Religione e diritto in Roma antica*, in *AUCA*, III, 1949, 77 s. Adesione piena fu, invece, manifestata dal De Francisci (cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, cit., 200 ss., 309 ss. 362 ss.), nonché dal Lévy-Bruhl (H. LÉVY-BRUHL, *Recensione* a A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala - Leipzig, 1941, in *Année sociologique*, III s., I, 1940-1948, 601 ss.), mentre l’Arangio ne elogiava «la potente analisi del formalismo romano» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 283), e l’Orestano non disdegnava nel suo approccio istituzionalistico-religioso alcune sue posizioni (R. ORESTANO, *Dal ‘fas’ al ‘ius’*, cit., 36, 185 ss., 189 ss.). Da ultimo merita d’essere ricordato, per l’equilibrata valutazione del pensiero giuridico di Hägerström, G. MACCORMACK, *Hägerström’s Magical Interpretation of Roman Law*, in *The Irish Jurist*, IV, 1969, 153 ss.; Id., *Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law*, in *TR*, XXXVII; 1969, 439 ss.; Id., *Scandinavian Realism*, in *The Juridical Review*, XI, 1970, 33 ss. (per ulteriori ragguagli è utilissima la consultazione di C. FARALLI, *Diritto e magia*, cit., 71 ss.; nonché di S. CASTIGLIONE, *Atti giuridici performativi*, cit., 27 s.).

⁶³³ Come già si è avuto modo di segnalare in precedenza, già le *leges regiae* (più precisamente la celeberrima legge di Numa conservataci in Fest. voce *‘parrici<di> quaestores’* [Lindsay 247]), s’erano interessate a fini ‘sacrali-purificatori’ dell’omicidio, sancendo – secondo una diffusa interpretazione – la necessità della vendetta privata (cristallizzata nell’imperativo *‘paricidas esto’*) per il caso di *mors* di *homo liber* cagionata volontariamente (*dolo*), onde impedire che il gruppo dell’offeso si appagasse della composizione pecuniaria «nella situazione di impurità derivante dal sangue versato» (B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 15 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, 262 ss. e 342 s.: entrambi con ampio ragguaglio bibliografico; per il significato di *homo liber*, non posso che rimandare nuovamente alle suggestive intuizioni di L. GAROFALO, *L’‘homo liber’*, cit., 1031 ss.). Invero, gli spunti già – per una via: quella dell’etrusco – messi in luce a suo tempo dal Tondo (S. TONDO, *‘Leges regiae’ e ‘paricidas’*, Firenze 1979, 169 ss., 200 ss.) e, più di recente – per un’altra via: quello delle lingue semitiche – dal Semerano (G. SEMERANO, *L’infinito: un equivoco millenario*, Milano, 2004,

determinare il magico assorbimento della vita del ladro entro (*endo*) la sua sfera di 'Kraft'?

Ecco cosa si limiterebbe a contemplare, a mio giudizio, il versetto decemvirale consacrato in Tab. 8.12: la registrazione del potere del derubato di uccidere il ladro colto di notte, ferma restando la volontà del legislatore, sottesa alle parole del precetto scritto, di far apparire tale *ius* non quale risultato di atti magici performativi, bensì di una concessione statale, e di configurare, pertanto, il derubato non quale soggetto agente *per se*, in quanto titolare di un potere repressivo (performativamente costituito)

252), non mi fanno disdegnare affatto la tesi che vede nell'imperativo '*paricidas esto*', non tanto l'indicazione (già regia) di una necessaria vendetta dei parenti dell'ucciso (senza alcuna specificazione contenutistica delle modalità di messa a morte) quanto dell'applicazione, sempre tesa alla restaurazione della *pax* tra comunità cittadina e comunità celeste, della 'pena del sacco': '*paricidas esto*' starebbe per 'sia ucciso con la pena del sacco' (vero è, infatti, che *pera* è voce etrusca per *culleus*; *pāra* in sumerico è 'sacco dei rei' e *kītu* in accadico è 'punizione'). Verisimilmente i *decemviri*, ribadita la sanzione espiatoria (*piaculum*), già prevista in età monarchica (Serv. *ad ecl.* 4.43; Serv. *ad georg.* 3.387; Fest. voce '*subigere arietem*' [Lindsay 476]) per l'omicidio involontario, dell'*arietem subicere agnatis (mortui) in contione*, ora irrogabile solo previa condanna popolare (Tab. 8.24a: Cic. *de or.* 3.39.158; Cic. *rep.* 2.36.61; Liv. 3.33.9-10), elevavano l'omicidio volontario a *crimen* passibile di pena di morte (vd. Plin. *nat. hist.* 18.3.12, che potrebbe essere inteso non nel senso di un'oggettiva maggior gravità della pena per chi, di notte, avesse tenuto una condotta di '*pavisse ac secuisse*' rispetto all'omicidio, ma una relativa maggior gravità calibrata sulla entità del reato). L'uccisione del *fur*, invece, non integrava gli estremi dell'omicidio (come non era omicidio, ovviamente, la statale esecuzione delle pena capitale): il derubato era ammesso a *occidere* (aveva in tal senso 'Kraft') e tale uccisione, non sussumibile in alcuna norma incriminatrice (*lex Numae*), in quanto il *fur* rientrava nella sfera di 'competenza repressiva' del derubato (non era, cioè, più *liber*, appartenente alla comunità), non rendeva lo spargimento di sangue un 'miasma' per l'intera comunità degno di essere purificato (egli agiva senza perdere la propria 'Reinheit'): tutto, insomma, si compiva entro la 'sfera di forza e purezza' del *ius* del derubato.

⁶³⁴ Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit, ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdium autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*. Vd., altresì, conformemente Bas. 60.12.54, Syn. Bas. K. 19.20, Syn. Bas. minor K. 42, Hexabiblos 6.5.3-4.

⁶³⁵ Cfr. A. GUARINO, *Il 'furtum' nelle XII Tabulae*, cit., 180 ss. Come già si è avuto modo di segnalare, secondo lo studioso, divenuta col trascorrere dei secoli l'*endoploratio* decemvirale un istituto alquanto misterioso, nel secondo secolo d.C. Gaio - traviato anche da Cicerone - l'avrebbe confusa con la necessità di provare a mezzo di testimoni la non integrazione del reato di omicidio, e quindi di provare un contegno integrante la provocazione lecita della morte di un soggetto (il quale avrebbe posto in essere ovvero avrebbe tentato di porre in essere un furto o di notte o di giorno ma con l'uso della violenza). Stando a Cicerone (*Tull.* 21.50: *endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui*

concorrente con quello della comunità, bensì quale agente della comunità stessa e da quest'ultima autorizzato.

Tutto ciò - in aggiunta ai rilievi di carattere generale già esplicitati - sarebbe ben testimoniato anzitutto da Gellio che configura, per l'appunto, l'*occidere* quale contenuto di un *ius* concepito come oggetto di 'conferimento' (*tribuere*) da parte della legge delle XII Tavole⁶³⁶. In secondo luogo, quei passi che interpretano l'ablativo *iure* esplicandolo con l'avverbio *impune*, possono essere intesi come concepiti in termini 'soggettivi' più che 'oggettivi': se traduciamo *impune* con 'senza assoggettamento a responsabilità penale', il referente è sempre il derubato in una con il suo agire contemplato, ora, non sotto il profilo della *licentia agendi* garantita dal diritto delle Tavole, ma sotto il profilo delle conseguenze (o meglio dell'assenza delle conseguenze), sicché parrebbe chiaro che, in quanto il derubato sta agendo nell'esercizio di un suo diritto (quello di dar morte al *fur*, quello di vendicarsi), allora non è passibile di alcuna sanzione⁶³⁷. Di poi, tale interpretazione soggettivistica (che escluderebbe il richiamo da parte del collegio decemvirale alla superiorità del *ius* oggettivo) mi parrebbe suffragata dalla contestuale analisi sovente presente in

audiant et convenient) e a Festo, o meglio a Paolo Diacono (Paul.-Fest. voce 'endoplorato' [Lindsay 67]: *endoplorato, implorato, quod est cum quaestione inclamare. Implorare namque est cum fletu rogare, quod est proprie vapulantis*), l'*endoplorare* del derubato consiste in un *inclamare* e in un *rogare cum quaestione* e *cum fletu*, ovvero in un *conclamare*. Ma, come suggerisce l'insigne studioso, 'chiamare in aiuto' non significa affatto riuscire a far sì che qualcuno pervenga in soccorso e in funzione di testimone: nulla esclude, difatti, che una volta pronunciata l'invocazione, nessuno si presenti.

⁶³⁶ Gell. 20.1.7: *dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur aut quae furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitatem tradit, nocturnum autem furem ius occidendi tribuit.*

⁶³⁷ Cic. Mil. 3.9: *quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?* Ulp. 37 ad ed. D. 48.8.9: *furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit; Aug. quaest in heptat. 2.84: hoc et in legibus antiquis secularibus ... invenitur, impune occidi nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderit.*

talune fonti sia del caso di *fur nocturnus* sia di quello (più pacifico) di *fur diurnus qui se telo defendit* e, nelle stesse fonti, dall'uso massivo del verbo *permittere* per indicare che furono i decemviri con la loro *lex* ad aver attribuito al derubato un potere (*legem ... quae permittit ut furem noctu liceat occidere* scrive, ad esempio, Cicerone)⁶³⁸. Un *licere* (ossia una soggettiva *licentia*)⁶³⁹ che, come sappiamo, consisteva nel '*ius occidendi*' (di cui parla, esplicitamente, Gellio come '*tributum a lege*'⁶⁴⁰) e che ora trovava espressamente la sua fonte primaria non nel fluido ed evanescente performativismo magico delle origini (di cui s'erano perse le labili tracce o si erano frantesi alcuni portati), ma nella volontà prescrittiva dei decemviri⁶⁴¹, sicché se il versetto fosse stato concepito in termini oggettivistici, ben avremmo potuto aspettarci (nella logica del legislatore del quinto secolo, tesa a limitare, o comunque a convogliare nell'alevo statale, l'impiego privato della violenza) una apodosi imperativa del seguente tenore: '*lege caesus esto*'⁶⁴². Insomma, come l'ordinamento decemvirale riconosceva

⁶³⁸ Cic. Tull. 20.47: *ille legem mihi de XII tabulis recitavit, quae permittit ut furem noctu liceat occidere, et luci, si se telo defendat*; Gai. 7 ad ed. prov. D. 9.2.4.1: *lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen aequae cum clamore testificetur*. Coll. 7.3.2: *sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu*.

⁶³⁹ Quint. inst. orat. 5.10.88: *si furem nocturnum occidere licet, quid latronem?*

⁶⁴⁰ Gell. 20.1.7-8.

⁶⁴¹ Cfr., per il legame espresso tra le XII Tavole (come diretta e immediata fonte permettente) e l'uccisione del *fur* (come *licentia*), Cic. Tull. 20.47, D. 9.2.4.1; Coll. 7.3.2, altresì Gell. 11.18.6-7.

⁶⁴² Lo rileva anche L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 436, il quale, non mi pare, tuttavia essere riuscito a superare siffatta obiezione. Lo studioso, infatti, argomenta, da un lato, che l'espressione *ita ius esto* (Tab. 5.3, Tab. 6.1) era necessaria nel quinto secolo per rendere chiaro che le XII Tavole andavano ad innovare il *ius* solo patrizio (il che, peraltro, in questi termini, non è sicuramente dimostrabile), laddove, nel prosieguo, una volta accresciuta l'*auctoritas* e l'autonomia della *lex*, non si sarebbe più sentito il bisogno di ricorrere 'fittiziamente' al *ius* (sicché le fonti più tarde avrebbero pacificamente impiegato le espressioni *ita lex esto* ovvero *ius lexque esto*); dall'altro che *iure caesus esto* aveva un valore più blando: donde non si sarebbe mai manifestata l'opportunità di modificare l'espressione. A parte il fatto che, così ragionando, non si spiega perché mai i decemviri, a seconda dei singoli casi, avrebbero sentito ora con più (Tab. 6.1) ora con meno intensità (Tab. 8.12), il bisogno di richiamarsi al *ius*, per attribuire forza alle loro innovazioni, non mi pare che, quanto a Tab. 5.3 e Tab. 6.1, si sia dato sufficiente conto dell'importanza della struttura correlativa (*uti ...*

come lecito (e in tal senso va inteso *permittere*) il contegno del derubato consistente nell'uccisione del ladro diurno che si opponeva con violenza alla propria deduzione al magistrato (e ciò, per avvalersi di categorie penalistiche moderne, in funzione di legittima difesa del derubato), così lo stesso sistema si palesava come fonte attributiva (*tribuere*) allo stesso derubato, nel caso di furto perpetrato con l'aggravante del tempo notturno, *quoquo modo* o *omnimodo*⁶⁴³, di un 'diritto' (*ius, licet*) consistente nell'uccisione (invero in funzione vendicatoria-punitiva) del *fur*. Il *licere*, quindi, registrato dai decemviri come *ius* 'statalmente' approvato (ma originariamente unicamente risultato di attività magico-performative che dovevano essere assorbite nella logica e nella struttura della *civitas*) era ciò che accomunava le due disposizioni (seppur, contemplata con gli occhi di un contemporaneo, la *ratio* delle *leges* era, in vista del *telos* perseguito, ben diversa: da un lato, in Tab. 8.12, la 'retribuzione', dall'altra, in Tab. 8.13, la 'giustificazione').

Detto questo, credo che il versetto decemvirale riportato abbastanza fedelmente da Macrobio, nella sua chiusa '*iure caesus esto*', non facesse affatto riferimento ad un '*ius*' inteso come sistema normativo vigente superiore (o in senso complessivo o quale somma dei *mores* antichi)⁶⁴⁴, sistema cui la *lex* - strumento

ita mi paiono, infatti, connettere indissolubilmente i *verba*, entro il solenne contesto gestuale, al *ius* soggettivo), di modo che non si è affatto rilevato l'intento, diverso da quello del legislatore del quinto secolo, che traspare in quei casi più tardi in cui compaiono espressioni come '*ita lex esto*' (intento del legislatore di 'sancire' espressamente il valore vincolante della *lex*) o '*ius lexque esto*' (intento di sancire 'enidiadicamente' la forza prescrittiva dell'ordinamento giuridico nel suo complesso (cfr., sul valore di endiadi di '*ius lexque*', M. TALAMANCA, *La 'lex' ed il sistema normativo*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., 232; per una ampia rassegna di fonti vd. G. BROGGINI, '*Ius lexque esto*', cit., 23 ss.).

⁶⁴³ Diversamente dalla glossa *non est ergo* a D. 9.2.4.1 (che ritiene che il ladro poteva essere ucciso a prescindere dal tipo di difesa attuata, e non solo con il *telum*) ritengo che *quoquo modo vada* indissolubilmente connesso con *occidere*, ma non per indicare che il derubato era ammesso a provocare la morte con qualsiasi strumento disponibile, ma 'comunque', a prescindere da qualsivoglia circostanza fattuale (quale, la presenza o l'assenza di armi presso il ladro o il loro impiego): cfr., sul punto, L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 432 e nt. 63.

⁶⁴⁴ Cfr., paradigmaticamente, F. SERRAO, '*Ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 268 ss., che, come abbiamo già messo in luce, incentra la sua trattazione sulla tensione dialettica tra i due termini del titolo (*ius, lex*), tensione per cui il primo si impone come parte tradizionale e aristocratica del sistema, la seconda come elemento innovatore: le *leges*, ossia i *iussa populi* si porrebbero, a detta del Serrao, quale mezzo di rottura entro un ordinamento la cui parte più antica e autorevole sarebbe data dai *mores*

di 'rottura politica' nel piano delle fonti di produzione di nuovo diritto, nonché mezzo di 'rinnovamento costituzionale'⁶⁴⁵ - doveva richiamarsi onde fondare l'autorità del proprio dettato imperativo⁶⁴⁶. Mi sembra maggiormente plausibile, invero, che il *carmen* si esprimesse in termini di una 'spettanza' soggettivamente intesa, una posizione particolare in forma di attribuzione dei decemviri al derubato di notte, un diritto (un 'right' e non un 'Law')⁶⁴⁷: insomma il versetto *si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto*⁶⁴⁸ non significherebbe, affatto, 'se un tale ha commesso un furto di notte, qualora il derubato l'abbia ucciso, sia ucciso il ladro in conformità all'antico diritto oggettivo

derivanti dalle più antiche strutture gentilizie, dalle regole ancestrali di estrazione patrizia, dagli istituti di creazione pontificale, dalle prassi costituzionali emerse in seno alla classe dirigente, nonché dalle (problematiche) *leges regiae*. Le XII Tavole, in tal contesto, sarebbero piena testimonianza della tensione tra *ius* e *lex*, tra due diversi modi di concepire (nonché creare) il diritto, come emergerebbe da Tab. 12.5, 5.3, 6.1. Non può essere concepita come testimonianza che sottintende la dialettica tra *ius* e *lex*, però, a mio avviso, Tab. 8.12, come ritiene L. GAGLIARDI, '*iure caesus esto*', cit., 425 ss., anche se si può di certo vedere in questa disposizione la consacrazione di una doppia novità rispetto al sistema previgente: la *lex* in parola sarebbe innovativa sia in quanto attestazione del processo di progressiva limitazione della vendetta privata, sia in quanto prodotto di un accordo tra i due ordini sociali allora contrapposti (attraverso la limitazione del potere patrizio di uccidere i ladri plebei in caso di furto). Non si tratterebbe, a mio avviso, di un versetto invocabile «come ulteriore testimonianza conservata nelle XII Tavole del rapporto impari e tumultuoso tra *lex* e *ius* in quei tempi» (L. GAGLIARDI, '*iure caesus esto*', cit., 436), giacché era la legge decemvirale che faceva riferimento ad un 'diritto soggettivo' da essa confermato imperativamente nell'immobilità di uno spazio testuale al derubato, contro il fluire delle consuetudini: gli stessi autori che ne trattavano, del resto, concepivano l'*occidere* come un *ius* o una *licentia* che il legislatore decemvirale (e non il *ius*) aveva attribuito (*tribuere*), o diversamente dicendo aveva concesso (*permittere*).

⁶⁴⁵ Non può negarsi che lo scopo delle XII Tavole, anche a prestar fede allo stesso Sesto Pomponio (che dice essere il *ius civile* formato alla fine dell'età monarchica come *ius civile Papirianum*: D. 1.2.2.2), altro non era che metter certezza, *regibus exactis*, sul piano del *ius* (che non si reggeva che su qualche usanza consolidatasi dacché le *leges curiatae exoleverunt*) e non - in primo luogo - quello di innovarlo, tanto che Diodoro presenta i decemviri come 'nomografi' e non come 'nomoteti' al pari di Caronda e Zaleuco (Diod. 12.11.3-4; 12.23.2; 12.23.25): così, il *iura aequare* avrebbe significato solo «riaffermare la certezza del diritto» senza «sconvolgere il contenuto della norma modificandone il campo d'applicazione» (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, ad avviso del quale il dettato decemvirale potrebbe concepirsi come testo teso a regolare la giurisdizione e a limitare la discrezionalità del magistrato essendo a quest'ultimo indirizzato: ma la *conceptio* di numerosi versetti, invero, mi rende scettico sul punto). Né, del resto, credo che il 'fine della certezza' perseguito dai decemviri sia da intendersi come vuole Max Kaser, vale a dire come quello di risolvere punti che la tradizione precedente aveva per controversi (vd. M. KASER, *Die Beziehung*, cit., 523 ss.). In primo luogo, quanto alla impostazione accennata

romano manifestantesi nei *mores*’; ma si esprimerebbe direttamente in termini soggettivi: ‘se un tale ha commesso un furto di notte, qualora <il derubato> l’abbia ucciso, sia ucciso il ladro giusta il diritto di agire in tal senso sorto in capo al derubato’.

Anzi, seppur consapevole della natura altamente congetturale della seguente interpretazione (che, peraltro, mi sembra avere il pregio di spiegare, nell’economia logico-sintattica del versetto, la presenza della seconda protasi ‘*si im occisit*’, asindetivamente connessa con l’incipit ‘*si nox furtum faxit*’, la cui presenza viene invocata dai sostenitori della tesi della natura scriminante del

da Humbert, se è vero che – almeno in linea di principio – le XII Tavole si innestano in un ordine pregresso (che chiamiamo, convenzionalmente, *ius*, più ampio del *ius* in senso proprio) maggiormente come «dichiarazione» che come «creazione» di *ius* (G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 15), altrettanto vero è che non mancano ‘novelle’ (più che radicali ‘nomogenesi’) che si impiantano su *mores* preesistenti: basti pensare tra le ‘vocazioni novellative’, nel campo del diritto privato, al riferimento alla *mancipatio familiae* e non più al testamento comiziale del versetto 5.3, nonché, quanto al diritto criminale, l’estensione – rispetto alla *lex de provocatione* del 509 a.C. (sulla cui storicità, da ultima, cfr. E. SCANDONE TASSI, ‘*Leges Valeriae de provocatione*’. *Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli, 2008, 39 ss.) – in Tab. 9.2 dei destinatari del divieto di *rogari de capite civis*; in secondo luogo, onde giustificare totalmente, la visione del dettato decemvirale come autoregolamento destinato al magistrato bisognerebbe spiegare l’uso predicativo di *ius* in Tab. 5.3 e in Tab. 6.1 nel senso kaseriano di ‘atto che è titolo immediato per l’esecuzione’ (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 17, nt. 57, 38): il che pare assai poco probabile; e, soprattutto in Tab. 8.12 Tab. 8.13, bisognerebbe spiegare l’uso di ‘*iure*’ nel senso di «come se ci fosse stata una sentenza di condanna» (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 33). Ma, a parte le difficoltà grammaticali legate alla traduzione in questi termini dell’ablativo *iure*, non si sfumerebbe così, a proprio piacimento, il vocabolo a seconda delle circostanze, attribuendogli ora il valore di titolo per l’esecuzione (ancora da effettuarsi), ora quello di supposto titolo per un’esecuzione già avvenuta? E, ancora e soprattutto, a quale tipo di sentenza attribuita al derubato del potere di eseguire la pena di morte si farebbe, in definitiva, riferimento? In secondo luogo, la tesi di Kaser – a mio giudizio da scartare – cd. minimalista (dodici tavoli come codice neppure tendenzialmente esaustivo, teso a risolvere unicamente punti controversi), mi pare risulti smentita sia dallo stesso contenuto dei versetti che sovente non consacrano in modo univoco soluzioni cui prima se ne contrapponevano altre (basti pensare alla successione dell’*heres suus*, dell’*agnatus proximus*, dei *gentiles*, o alla distinzione dei *genera furtorum*, e agli effetti della *mancipatio*), sia dalla considerazione che, se così fosse, anche il fine di certezza sarebbe stato in concreto frustrato (né, peraltro, ho io notizia di istituti fondati su *mores* poi non fatti oggetto di ricognizione decemvirale).

⁶⁴⁶ Contro il pensiero di F. SERRAO, ‘*Ius*’ e ‘*lex*’ nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 287 ss., 297, che, come sappiamo, tratta esclusivamente di Tab. 5.3 e Tab. 6.1 (oltre a Tab. 12.5), ritengo che come in questi due *carmina* decemvirali l’*auctoritas* fosse già nella forza intrinseca

precetto⁶⁴⁹), non mi dispiacerebbe intendere il dettato di Tab. 8.12, come ricavato da Macrobio, e integrato con le indicazioni desumibili da D. 9.2.41, nei seguenti termini: 'se un tale ha commesso un furto di notte, qualora il derubato l'abbia ucciso <previa *ploratio*>, ciò (vale a dire il fatto espresso dalla protasi '*si im occisit*') sia (nel senso di 'sia considerato posto in essere' o di 'avvenga') nell'esercizio del diritto di uccisione sorto in capo al derubato'⁶⁵⁰. Si potrebbe cioè intendere '*iure caesus*' come un sintagma costituito dal caso ablativo del sostantivo *ius* nell'accezione di 'diritto soggettivo', e '*caesus*' quale genitivo del sostantivo *caesus*, segno per 'uccisione sul fatto', in perfetta sintonia col dettato gelliano che

dell'imperativo (appartenente ai *mores* precedenti e 'trascritto' per ragioni di certezza), e non nella forza (creativa) della legge, che si limitava a 'dichiarare' come imperativo; così per Tab. 8.12, non credo essenziale il rinvio alla maggior autorità del '*ius*' (per altra visione cfr. L. GAGLIARDI, '*iure caesus esto*', cit., 436). Se, *a posteriori*, le *leges* delle XII Tavole, in un'ottica di appiattimento storico che non è troppo discara allo spirito romano, vennero immedesimate nel blocco civilistico, anzi furono considerate come un *fons omnis*, un caposaldo di carattere generale, dello stesso (nonché del successivo *ius publicum*), non credo che esse nel quinto secolo siano state percepite come 'formante' del *ius*. Da un lato v'era il modello aristocratico, tradizionale, squisitamente romano, essenzialmente a formazione consuetudinaria-giurisdizionale-interpretativa del *ius* (che non è, inteso oggettivamente, integrante tutto l'ordinamento statale, ma si risolve solo in ciò che involge le relazione *inter privos*, in quanto ciò che Ulpiano avrebbe chiamato *ius publicum*, alle origini non era affatto qualificabile in termini di *ius*); dall'altro si poneva un nuovo modello del tutto estraneo all'indigeno e primevo *ius*, un modello 'democratico' (non perché approvato formalmente dal popolo, in quanto 'ottriato', ma perché tendenzialmente isonomico: A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 220), di impronta greca, scritto: insomma, prendeva piede il paradigma della *lex*, non fonte aperta di *ius*, ma dichiarazione certa dello stesso e, talora, sua 'novella' come ordine 'altro' e 'parallelo' (cfr. sulla 'estraneità' delle *leges* al *ius civile* E. EHRlich, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, 1902, 172 ss.; P. DE FRANCISCI, *Idee vecchie e nuove intorno alla formazione del diritto romano*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, Milano, I, 1947, 192 ss.; *contra*, vd. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, 30 ss.). Insomma, a mio parere, le XII Tavole si sono imposte, essenzialmente, come strumento operante al di fuori dei meccanismi (interni) di creazione tradizionale del *ius*, ossia come un paradigma di rottura circa il modo di conoscere il pregresso *ius* (tendenzialmente in modo esaustivo) e non circa il modo di produrre nuovo *ius* (anche se innovazioni vi sono state, indubbiamente, come per l'introduzione del *lege agere per iudicis arbitrive postulationem*, o dell'estensione del precetto *de capite civis*: ma si trattava, davvero, di *ius*, in questi due casi riguardanti il processo civile e quello criminale, o piuttosto si trattava di '*magistratus*', materia che, appunto, non rientrava nel *ius*?). Dall'oralità (segreta) dei *responsa* e dalle manipolazioni *in iure*, si passava al 'mutismo' (pubblico) della parola scritta, dalla oscurità dei *penetralia* alla trasparenza delle *tabulae roburae*: la vera novità, insomma, era il «fatto stesso della codificazione» (M. TALAMANCA, *Il codice decemvirale*, in M. TALAMANCA [ed.], *Lineamenti*, cit., cfr., 107; vd., sul punto, la bella trattazione di A. SCHIAVONE, '*Ius*', cit., 74 ss.; cfr., inoltre, per la tesi che nega la portata innovativa del codice P.

parla di un *ius occidendi* o con le parole di Cicerone che, parafrasando il *carmen*, fanno riferimento a una '*licentia ut occidat*': le Dodici Tavole, senza alcun richiamo alla più autorevole e antica branca dell'ordinamento (*ius*), in definitiva, avrebbero consacrato nel versetto il '*ius caesus*' (il *ius* di giustiziare), ossia, più esplicitamente, il diritto attribuito al derubato di uccidere sommarariamente il ladro (in funzione vendicativa-sanzionatoria)⁶⁵¹.

Alla luce di tali considerazioni, se è vero che «gli autori antichi ... non hanno dubbi nel considerare la norma sul *fur diurnus* come un caso di legittima difesa», non mi pare del tutto corretto ritenere, in via generale, come fa Laura Pepe - riprendendo il pensiero

STEIN, '*Regulae iuris*', cit., 3 ss.).

⁶⁴⁷ Costante, come abbiamo visto, infatti, è il ricorrere nelle testimonianze successive del rilievo dell'attribuzione legale-decemvirale del *ius* del precetto di Tab. 8.12 al derubato (cfr., sul punto, F. SERRAO, '*Ius*' e '*lex*' nella dialettica costituzionale della prima repubblica, cit., 287 ss.): la 'pratica magica' consuetudinaria veniva elevata a 'norma legale' con cui i decemviri intendevano, in nome della certezza del diritto, far apparire il potere del derubato come attribuzione statale e non frutto di 'magical performative utterances'.

⁶⁴⁸ Macr. *saturn.* 1.4.19. anche se, come già ho rimarcato, potrebbe essere preferibile la versione, basata su D. 9.2.41, di Humbert: '*si nox furtum faxit, <ast endo plorassit> si im occisit, iure caesus esto*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41). Sull'opportunità di considerare necessaria la *ploratio* pure per il caso di *furtum nocturnum* cfr. A. PALMA, '*Iura vicinitatis*', cit., 89 ss., nonché P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 33 ss.

⁶⁴⁹ A. CORBINO, '*Si nox furtum faxit*', cit., 251.

⁶⁵⁰ E ciò, ovviamente, potrebbe valere anche per Tab. 8.13: '*luci si se telo defendit <ast im occisit> endoque plorato <iure caesus esto>*' (M. HUMBERT, *La codificazione decemvirale*, cit., 19, nt. 41).

⁶⁵¹ Non mi pare un caso, del resto, che in età tarda repubblicana o in età classica, quando l'antitesi tra *ius* e *lex* non aveva più la forza dialettica che le era propria nel quinto secolo, giammai si disse '*lege caesus esto*': il che potrebbe essere ben sintomatico del fatto che tale formulazione nelle XII Tavole trovava fondamento in ragioni altre rispetto a quella della necessità di un richiamo al *ius* da parte della *lex*. Numerosi passi mi paiono testimoniare se non la permanenza della singolare espressione decemvirale '*ius caesus*' come '*ius* di dar morte', come '*ius* di troncare (la vita del *fur*)' - sempre che la mia interpretazione sia sostenibile -, comunque, sia la permanenza dell'ablativo '*iure*', da intendere nel senso di 'a buon diritto', cioè 'giusta una spettanza soggettiva riconosciuta dall'ordinamento' (con prevalenza del profilo soggettivistico rispetto a quello oggettivistico), sia l'impiego del verbo *caedere*: cfr., paradigmaticamente, per l'impiego di *iure caedere* come 'uccidere a buon diritto': Cic. *Mil.* 3.8: *An est quisquam qui hoc ignoret, cum de homine occiso quaeratur, aut negari solere omnino esse factum aut recte et iure factum esse defendi? Nisi vero existimatis dementem P. Africanum fuisse, qui cum a C. Carbone [tribuno plebis seditiose] in contione interrogaretur quid de Ti. Gracchi morte sentiret, responderit iure caesum videri. Neque enim posset aut Ahala ille Servilius, aut P. Nasica, aut L. Opimius, aut C. Marius, aut me consule senatus, non nefarius haberi, si sceleratos civis interfici nefas esset. Itaque hoc, iudices, non sine causa etiam fictis fabulis doctissimi homines memoriae prodiderunt, eum qui patris ulciscendi*

dell'Aru - che essi «invece oscillano tra esimente e sanzione soltanto in relazione alla fattispecie del *fur nocturnus*»⁶⁵²: pare a me più corretto ritenere, di contro, che per il lungo lasso di tempo che collega il quinto secolo a.C. all'età dei Severi, con Paolo e Ulpiano (se non addirittura ad un'epoca successiva)⁶⁵³, il caso del furto notturno - astratto dai legami originari con la magia - fosse consapevolmente inteso quale «residuo di amministrazione della giustizia da parte dei privati»⁶⁵⁴. Inoltre, sarei propenso a ritenere che la frequente trattazione contestuale delle due disposizioni decemvirali possa ben giustificarsi sostenendosi che, attratti dalla analogia oggettiva tra i due precetti sotto il profilo della

causa matrem necavisset, variatis hominum sententiis, non solum divina, sed etiam sapientissimae deae sententia liberatum; Liv. 4.15.1: *Tumultuantem deinde multitudinem incerta existimatione facti ad contionem vocari iussit, et Maelium iure caesum pronuntiavit etiamsi regni crimine insons fuerit, qui vocatus a magistro equitum ad dictatorem non venisset*; istruttiva pure l'espressione '*caedes facta iure*', cioè, 'strage compiuta a buon diritto': Cic. *Tull.* 17.40: *quid censetis fore, si praetor iudicet eiusmodi caedis fieri iure posse?* Così come, senza ombra di dubbio alcuno, esplicativa in via esclusiva di un diritto soggettivo senza alcuna formale limitazione mi pare l'espressione '*optimo iure caedere*': Cic. *ad Att.* 15.3.2: *Qui tandem convenit? An sic ut in tyrannum iure optimo caesum?* Vd., per un esaustivo ragguaglio di fonti, L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 436 ss.

⁶⁵² Così L. PEPE, *Ricerche*, cit., 18. Secondo L. ARU, *Appunti*, cit., 119 ss., atteso il diffondersi sin dall'età repubblicana del principio per cui era lecito *vim vi repellere* (in forza del quale l'uccisione di un uomo era lecita solo in caso di effettivo pericolo), il presunto oscillare delle fonti potrebbe spiegarsi come una evoluzione elaborata dalla giurisprudenza: questa, in altre parole, avrebbe attratto la norma in tema di *fur nocturnus*, originariamente autorizzativa di una sommaria esecuzione, nell'orbita della legittima difesa. Così, entro il principio generale *vim vi repellere licet* sarebbe rientrato, senza manipolazioni, il testo decemvirale afferente il furto manifesto diurno (in relazione al quale il derubato era ammesso a uccidere il ladro in quanto costretto dalla minaccia grave alla sua persona scaturita dalla situazione fattuale); di contro, in tale principio non poteva essere ricompresa la figura del *fur nocturnus* senza modifiche del tenore letterale del precetto decemvirale: se in principio l'uccisione poteva avvenire, in ogni modo (*quoquo modo, omnimodo*), di poi essa venne ritenuta lecita solo se il derubato avesse agito *metu mortis* (Ulp. 18 *ad ed. D.* 9.2.5: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si [metu] <noctu> quis [mortis] furem occiderit, non dubitabitur, quin lege aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur*). Se, tuttavia, è vero che il nesso *mortis metu* va sostituito con *noctu* (A. BERGER, *Dig.* 9.2.4.1, cit., 381 ss.), come suggerirebbe la lettura di Coll. 7.3.3, e se - come oltre si appurerà - ha ragione il Solazzi (S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, 400 ss.) a ritenere non del tutto genuino il pensiero di Paolo e Ulpiano riportato nella *Collatio* (Coll. 7.3.3; Coll. 7.2.1), allora, mi pare lecito ritenere che anche per l'età severiana, fosse operativo il precetto decemvirale sul furto notturno, nel suo originario dettato formale e sostanziale, ossia consacrante non una scriminante, ma il diritto soggettivo del derubato a

conseguenza materiale ('possibile' e non 'doverosa' messa a morte del ladro da parte del derubato, senza incursione alcuna per quest'ultimo in qualsivoglia forma di responsabilità penale), gli autori antichi semplicemente intendessero dare rilievo all'esistenza (*rectius*: all'insorgenza) in capo al soggetto che subiva il *furtum*, di una 'spettanza' giuridicamente riconosciuta, ossia di un 'diritto soggettivo'⁶⁵⁵ riconosciuto, a monte, dal sistema romano. Indi, attesa nel derubato siffatta unitaria 'Kraft'⁶⁵⁶, che se attualizzata non determinava alcuna perdita di 'Reinheit', «il ladro poteva ma non doveva essere ucciso», giacché la regola consacrata nella *lex 12 della tabula 8* «considerava legittima l'uccisione del ladro, ma

vendicarsi in quanto autorizzato a *civitate* (e quindi in sostituzione di un intervento repressivo-afflittivo della *civitas*).

⁶⁵³ Come nella nota precedente si accennava, ad onor del vero, non può essere taciuta, in tal proposito, la tesi di S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, cit., 400 ss. Rileggiamo, anzitutto, la scrittura di Ulpiano (che verisimilmente non è 'Ulp. 8 ad ed.' *sub titulo si quadrupes pauperiem dederit*, bensì 'Ulp. 18 ad ed. '), come conservataci da Coll. 7.3.1-3: *Iniuria occisum esse merito adicitur; non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum. proinde si quis servum latronem occiderit, lege Aquilia non tenetur, quia iniuria non occidit. 2. Sed et quemcumque alium ferro se petentem qui occiderit non videbitur iniuria occidisse. proinde si furem nocturnum, quem lex duodecim tabularum omnimodo permittit occidere, aut diurnum, quem aequae lex permittit, sed ita [lex] demum, si se telo defendat, videamus, an lege Aquilia teneatur. et Pomponius dubitat, num haec lex non sit in usu. 3. Et si quis noctu furem occiderit, non dubitamus, quin lege Aquilia non teneatur: sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut iniuria fecisse videatur; ergo etiam lege Cornelia tenebitur*. Sinotticamente, poi, ricordiamo come i *Digesta*, con qualche palese menda (utile ad attualizzare il pensiero ulpiano e renderlo consono al regime vigente che non distingue più tra *fur nocturnus* e *fur diurnus*, e riconosce il *ius occidendi* solo quale scriminante giustificata da un attuale e reale *metus mortis*), ripetano il dettato di Coll. 7.3.3 in Ulp. 18 ad ed. D. 9.2.5 pr.: *Sed et si quemcumque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: et si [metu] <noctu> quis [mortis] furem occiderit, non dubitabitur, quin lege aquilia non teneatur. sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur: ergo et cornelia tenebitur*. E sempre compartisticamente leggiamo, infine, Coll. 7.2.1 (Paul. 5 ad legem Cornelianam de sicariis et veneficis): *Si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit*. Secondo il Solazzi, dunque, in Coll. 7.3.3 lo squarcio *sin autem-tenebitur* (in cui Ulpiano riterrebbe che non era permesso uccidere il ladro notturno ove fosse possibile catturarlo sicché colui che l'avesse ucciso sarebbe incorso nelle sanzioni della *lex Aquila* e della *lex Cornelia de sicariis*, non potendosi invocare il precetto delle dodici tavole), sarebbe spurio: e ciò sia sulla base (logico-formale) dell'incontrovertibile contrasto interno del testo, sia sulla base (logico-giuridica) della constatazione che «far dipendere l'esistenza del reato dalla catturabilità dell'ucciso» non sarebbe affatto serio (S. SOLAZZI, *Dispute romanistiche*, cit., 402). Giusta tali argomentazioni il Solazzi ritiene, insomma, che la prova che il giurista severiano avesse ragionato come se la norma decemvirale sul *fur nocturnus* non

non la rendeva obbligatoria»⁶⁵⁷, volendo la *civitas* esclusivamente controllare la vendetta di sangue dei consociati e ingerirsi nella cernita dei contegni suscettibili di determinare la morte del soggetto attivo. La *pax deorum*, da un lato, non era scalfita dalla condotta audace del ladro notturno, per cui la *civitas* non era interessata – come nel caso di chi *dolo sciens* uccidesse un *homo liber* – a imporre la morte del *fur* le cui sorti venivano lasciate alla sfera di potere del derubato; la *pax deorum*, dall'altro, non veniva messa in pericolo dall'esercizio del *ius occidendi* da parte del derubato. Se con il precetto cristallizzato in Tab. 8.12, in altre parole, l'ordinamento cittadino, nel progressivo disciplinamento

fosse stata più vigente nel suo rigore originario sia ineluttabilmente destinata a cadere. In secondo luogo, sempre ad avviso dell'insigne romanista, il consiglio paolino consacrato in Coll. 7.2.1 (ovverosia catturare il ladro e consegnarlo ai magistrati municipali), si atteggierebbe a massima meramente «caritatevole», tale comunque da non alterare sostanzialmente gli estremi del delitto (sempre che, poi, esso sia genuinamente da attribuire a Paolo).

⁶⁵⁴ L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 432. Sulla scorta di quanto nelle note precedenti s'è rilevato (alla luce del pensiero del Solazzi), possiamo ricostruire nel modo seguente il pensiero di Paolo e Ulpiano. Il primo, da un lato, attesterebbe che ancora sul finire del secondo secolo d.C. l'uccisione da parte del derubato vuoi di un ladro notturno, vuoi di un ladro diurno *telo se defendens* (giacché riterrei che l'inciso in Coll. 7.2.1 '*cum se telo defenderet*' vada riferito non a '*furem nocturnum vel diurnum*', bensì al solo '*furem ... diurnum*') era regolata dalle relative *leges* delle vigenti XII *Tabulae*; dall'altro, che la sua coscienza lo induceva a considerare preferibile all'uccisione la conduzione del *fur* alle autorità, qualora ciò, ovviamente, fosse stato possibile. Anche Ulpiano – a meno che non si voglia mantenere l'intima incoerenza di Coll. 7.3.3 – non aveva alcun dubbio sulla inapplicabilità della *lex Aquilia*, qualora uno schiavo fosse stato colto in flagrante furto di notte e il derubato lo avesse così ucciso (sinceramente non capisco perché L. ARU, *Appunti*, cit., 131, nel riprodurre Coll. 7.3.3 ponga tra parentesi il *non* della proposizione introdotto dal *quin* dubitativo: '*non dubitamus, quin lege Aquilia [non] teneatur*'; di poi, se si volesse salvare il dettato del succitato passo della *Collatio*, l'uso di '*magis est*' potrebbe ben intendersi come una preferenza soggettiva del giurista, solo più energica rispetto a quella paolina). La *Collatio*, per vero, ci informa pure di alcuni dubbi sorti a Pomponio al riguardo: da un lato è vero che sarebbe alquanto strano che il tardo compilatore della *Collatio* avesse inventato l'opinione del giureconsulto adrianeo, ma altrettanto vero è, dall'altro, che l'uso di *haec* quale attributo dimostrativo di *lex* indurrebbe il lettore a identificare quest'ultima con la *lex Aquilia*, laddove il senso complessivo dei frammenti porterebbe a ritenere che il dubbio di Pomponio avesse riguardato la *lex XII Tabularum*: il che mi rende affatto scettico non tanto sulla genuinità di una posizione dubitativa del giurista, quanto sulla bontà del contesto in cui l'autore della *Collatio* ha inteso inserire la 'parentesi pomponiana' (*contra*. L. ARU, *Appunti*, cit., 132). Per il regime giustiniano cfr. D. 48.8.9 e D. 9.2.5 pr.

⁶⁵⁵ L'impiego di *ius* come spettanza riconosciuta ai consociati (impiego che mi par nettamente preferibile per il tempo di redazione delle XII Tavole) è alquanto cospicua nelle fonti. Vi sono ipotesi in cui è dubbio se con tal termine si designi la sfera della liceità riconosciuta al cittadino ovvero se si faccia

dell'uso privato della forza e nel controllo della originariamente indiscriminata e illimitata ragion fattasi⁶⁵⁸ – una volta arrogatosi il compito di stabilire quando una condotta umana fosse tale da meritare esclusivamente la comminazione di una *poena capitalis*, e quando fosse invece solo suscettiva di vendetta di sangue – attribuiva al derubato il potere di esercitare immediatamente e direttamente quella che è stata definita incisivamente una difesa privata 'reattiva' (tesa, cioè, al ristabilimento dell'ordine violato) consistente nel provocare la morte del ladro; in Tab. 8.13, lo stesso ordinamento ammetteva una limitata difesa 'preventiva' onde «tutelare il derubato da un pericolo reale e concreto»⁶⁵⁹, esimendo questi dalle conseguenze negative della condotta tenuta 'astrattamente illecita' (giacché, in assenza della scriminante, essa avrebbe integrato gli estremi di un contegno lesivo della *pax deorum* e, pertanto, perseguibile e condannabile capitalmente). Sullo sfondo della Roma delle XII Tavole 'laicità' e 'sacralità' operavano ancora contestualmente, seppur su piani differenti, giocando – nella tensione del loro rapporto – un ruolo fondamentale per la determinazione dei caratteri definitivi della repressione cittadina⁶⁶⁰. Il carattere laico di un dato illecito (come il furto) implicava maggior autonomia – e maggior legami, quindi, con la tradizione pregressa della vendetta privata – nella configurazione dei suoi possibili esiti, sicché si rendeva necessario contemplare la reazione della parte offesa in termini di *ius*; di contro, la 'sacralità'

riferimento ad un diritto cui un soggetto è ammesso a godere dall'ordinamento: certo, il risultato, in buona sostanza, non muta, ma è radicalmente diversa la prospettiva concettuale (cfr., in questi termini, A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 112). Si potrebbe così rispondere all'intelligente interrogativo posto dal Gagliardi ('perché il versetto non statuisce: *lege caesus esto?*'), affermando che i decemviri si sono espressi con tale terminologia proprio per sottolineare l'esistenza in capo al derubato di un diritto soggettivo e non per indicare il diritto in senso oggettivo (L. GAGLIARDI, '*Iure caesus esto*', cit., 436).

⁶⁵⁶ Detta 'Kraft', a seconda delle circostanze, è da intendersi dogmaticamente, ora quale potere del derubato di attivarsi per difendersi, ora quale potere di attivarsi per vendicare: ma, verisimilmente, essa era percepita in Roma, tanto in origine quanto nel prosieguo di tempo, come 'indifferenziata sfera di potere' (*ius, licentia*) entro cui il ladro veniva attratto (in principio, in forza di poteri magici, di poi, per concessione legislativa).

⁶⁵⁷ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 274.

⁶⁵⁸ Di cui si potrebbe rinvenire un fondamento non solo sociale e psicologico, se è vero che, ad esempio, il derubato era tenuto, prima di uccidere il *fur* (in principio da lui '*liber*'), a *plorare* onde attrarlo entro la sua sfera di 'Kraft' e così poterlo uccidere *iure ed impune*.

⁶⁵⁹ E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 273.

⁶⁶⁰ Cfr., in tal proposito le memorabili pagine scritte da P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, I, *Bis auf die Catonen*, Berlin 1888, 351 ss.

limitava la sfera di autonomia privata e comportava un accollamento sempre più pesante da parte dell'ordinamento cittadino nel campo della inflizione di supplizi per il ristabilimento dell'ordine «cosmico»⁶⁶¹ violato: nessuno spazio di discrezionalità attiva poteva essere lasciato in mano al soggetto passivo dell'illecito. Il tutto, dunque, in un sistema gerarchico per cui il cittadino diveniva 'agente autorizzato' della *civitas* e la *civitas* 'agente autorizzato' dei *numina* (sempre che questi - come nel caso di *consecrationes* - non si servissero di organi statali per concretare le loro determinazioni, bensì di qualsiasi essere umano o di fenomeni naturali).

In definitiva e in sintesi, più che proclamare *apertis verbis* conforme al *ius* l'uccisione del *fur nocturnus*, in modo tale da attribuire un valore che potremmo indifferentemente definire di 'legittimità' o di 'giuridicità' a un atto di giustizia privata, mi pare che Tab. 8.12 riconosca al derubato (e si esprima i termini di) un potere che dogmaticamente non esiteremmo oggi a definire 'diritto soggettivo': la vendetta (o, meglio, il ricorso all'uso privato della forza *ab origine* magicamente fondato) è oggetto di un processo di 'giuridicizzazione' ad opera del legislatore e viene contemplata come ipotetica conseguenza ricondotta entro uno spazio di libertà del derubato (allo stesso modo in cui i *numina*, predicati come *nefas* i contegni umani fonte di ira divina, lasciavano agli uomini entro il *fas* uno spazio di autoregolamentazione)⁶⁶². La *licentia* 'legittima' (in quanto formalizzata espressamente dai decemviri) e 'anfibia' (in quanto avente ad oggetto sia un *agere*, il mettere a morte per vendetta, sia un *subicere*, il sottoporre il ladro ad una immediata esecuzione *loco civitatis*)⁶⁶³, così, non viene inserita in un sistema di indiscriminata *vindicta* rimessa ai privati, ma viene prevista ponderatamente quale 'attribuzione ordinamentale' al singolo derubato (che, appunto, in sé somma la figura del vendicatore e dell'esecutore materiale, in surrogazione degli organi della *civitas*), in un sistema per cui è solo grazie al riconoscimento dall'alto (*lex* e non *ius*) che l'uccisione può esser posta in essere senza l'assoggettamento per l'uccisore stesso a conseguenze negative (invero, si potrebbe dire, al pari di un magistrato che

⁶⁶¹ Seppur con sfumature parzialmente diverse, mi rifaccio ad una terminologia non discara agli autori impegnati in ricerche storico-religiose come il Sabbatucci (D. SABBATUCCI, *Il peccato 'cosmico'*, in *Le delit religieux*, Roma, 1981, 173 ss.).

⁶⁶² Cfr., sul valore deontologico (imperativo) del *nefas*, cfr. F. SINI, *Negazione*, cit., 51 s.; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 93 ss.; A. CALORE, *Per lovem lapidem*, cit., 182 s. e nt. 12.

⁶⁶³ Cfr., in merito alla necessità di determinare l'oggetto del *licere*, le pagine di A. GUARINO, *L'ordinamento*, cit., 74 ss.

esercita, in via amministrativa, la propria *coercitio*, ovvero fa eseguire, ad esempio a mezzo di ausiliari, la pena giudizialmente comminata)⁶⁶⁴: il trapasso ad un sistema che si grava interamente della repressione degli illeciti non è ancora determinato, ma è comunque presente per il caso del *fur nocturnus* quella *condicio sine qua non* perché possa dirsi *in civitate positum* un ordinamento giuridico, vale a dire «l'uso legittimo della coercizione fisica da parte di un agente socialmente autorizzato»⁶⁶⁵.

Di contro, quanto a Tab. 8.13, sono persuaso che detta *lex* sancisca - se vogliamo rifarci a categorie più congeniali alla nostra *forma mentis*: in virtù di una 'scriminante' la cui operatività si atteggia a elemento essenziale negativo per l'integrazione dell'omicidio - la liceità della condotta del derubato in reazione alla violenza del ladro che, armato, nonostante la 'provabile' flagranza, oppone, con pericolo immediato per la vita del derubato, resistenza alla tentata conduzione in *ius* ai fini della *addictio*. Muterebbe, pertanto, il precetto decemvirale in parola sia la natura sia - ovviamente *a fortiori* - la finalità (imponendosi, per l'appunto, non più come disposizione normativa 'procedurale' sulla competenza nell'irrogazione della 'sanzione', bensì come norma sostanziale scriminante) rispetto al versetto sul *fur nocturnus*: e ciò, all'evidenza, contro la ricostruzione, da ultimo prospettata dal Corbino. Lo studioso - omologando *ab origine* la *ratio* impressa dai decemviri alle due *leges* in esame all'insegna della comune natura scriminante⁶⁶⁶ - ha ritenuto, infatti, che l'ordinamento romano del quinto secolo avesse pienamente superato il principio della vendetta privata (sia, a quanto pare, nella sua forma più pura e primitiva di incontrollata e indiscriminata 'ragion fattasi', sia nella sua più edulcorata e ammodernata *species* di 'self-help' reattivo autorizzato dal sistema), di modo che pure là dove, in via eccezionale, avesse previsto la *lex talionis* (come per l'ipotesi del

⁶⁶⁴ Vd., sulla somiglianza tra la norma solonica sul furto notturno e quella decemvirale, nonché sulla meno marcata analogia tra la norma delle XII Tavole sul furto diurno e la disposizione dracontina che tipizza la 'scriminante' della legittima difesa nel caso in cui il ladro usi violenza (Dem. 22.60), L. PEPE, *Ricerche*, cit., 26 ss. e nt. 39, 34.

⁶⁶⁵ A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, cit., 43.

⁶⁶⁶ Laddove, al più, potrebbe ipotizzarsi un primevo sostrato comune alle due *leges*, in quanto cristallizzazione e legalizzazione *pro civitate* di pratiche private magico-repressive che i decemviri, assecondando la sempre più forte pulsione disciplinate della comunità (a discapito delle costumanze che elevavano il '*ius*' del privato offeso a sfera un tempo esclusiva, poi concorrente con quella della *civitas*), inglobavano entro il nuovo e superiore ordine - contemplando come agenti autorizzati, in certi casi, gli stessi privati - le singole sfere di 'Kraft' (di cui, con l'andare del tempo, si perse tuttavia la memoria circa l'origine magica).

membrum ruptum, in caso di mancato raggiungimento di una *pax*), esso avrebbe esatto comunque l'esercizio - da parte dell'offeso o del gruppo dell'offeso - di una condotta assimilabile alla originaria vendetta unicamente previo accertamento e sotto controllo della comunità⁶⁶⁷: ma siffatta ricostruzione non può che essere rigettata alla luce di quanto sinora s'è avuto modo di dire.

⁶⁶⁷ A. CORBINO, *'Si nox furtum faxit'*, cit., 253: *pro se*, l'autore cita, oltre a Festo, una serie di considerazioni di Gellio che attengono alla difficoltà di realizzare l'*aequilibrium* nell'applicazione del *talio*: Gell. 20.1.14-18: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: 'si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto'*. 15. *Praeter enim ulciscendi acerbitatem ne procedere quoque exsecutio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis.* 16. *Quid si membrum ' inquit 'alteri imprudens ruperit? quod enim per imprudentiam factum est, retaliari per imprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo imprudentem poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed imprudentiae? 17. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio.* 18. *Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum* (vd. anche Gell. 20.1.33-38). Ad avviso del Corbino, quindi, se questo era il clima normativo decemvirale, sarebbe alquanto azzardato ritenere che le XII Tavole avessero conservato una vendetta incontrollata per un'ipotesi (quella del furto notturno) meno grave rispetto all'offesa consistente nella permanente lesione dell'integrità fisica (*ruptio membri*). Vero è, invece, che ciò potrebbe spiegarsi con la compresenza, nel diritto decemvirale, di un 'sistema anfibio' restato legato alla originaria 'ragion fattasi' (possibile non doverosa) non tanto per le ipotesi oggettivamente più gravi (legate alla sfera sacrale), ma per quelle, laiche, sentite - dalla società del tempo - come sintomo di una maggior 'pericolosa' *audacia* e/o per quelle più frequenti (fermo restando che, poi, il *talio* è comunque una *species* di vendetta e non ancora una pena). Egli, inoltre, si chiede: se per il furto manifesto, notturno e diurno armato, era stata prevista quale pena la morte irrogata in modo sommario sul fatto, perché Gaio, in 3.189, si sarebbe concentrato sull'ipotesi sanzionata in modo meno grave per sottolineare l'*asperitas* del regime decemvirale? L'obiezione è facilmente vincibile: il fatto è che Gaio vuole sottolineare come l'intervento del pretore abbia espressamente mitigato il regime delle XII Tavole, laddove la repressione *de facto* del *fur nocturnus* era ancora ai suoi tempi in vigore. Unicamente nel terzo secolo d.C. quando sarà considerata preferibile (se non addirittura imprescindibile) la consegna del ladro alle autorità competenti (sempre che sia affidabile, nei limiti già visti, la *Collatio*), l'uccisione di quest'ultimo potrà considerarsi ammessa solo in presenza di cause

PARTE SECONDA
NORMA, PRETESA, AZIONE TRA ORDINE TEOFISICO E ORDINE
POLITICO IN GRECIA ANTICA

Themis, dike e regalità arcaica.

Un grande, poliedrico, storico del mondo greco annotava nel riassunto di un celebre volume sulla compravendita nel mondo greco che, rispetto alla elaborazione concettuale e alla forma di sistema impressa dai romani al diritto, «le Grecs n'ont connu rien de tel», proseguendo poi, una volta sottolineata la «situation

di giustificazione, negandosi, in tal modo, del tutto il *ius* per i derubati di farsi giustizia da sé, e sancendosi la diretta prerogativa statuaria nell'amministrazione della giustizia. Non pertinente mi pare, poi, il richiamo a Plin. *nat. hist.* 18.3.12 (*Servius rex ovium boumque effigie primum aes signavit. frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant gravius quam in homicidio convictum, inpubem praetoris arbitrato verberari noxiamve duplionemve decerni*), a seguito del quale l'autore conclude: «è facile invero allora osservare che se per l'ipotesi più grave (pascolo nel campo arato e furto delle messi) si prevedeva un'irrogazione della pena attraverso gli organi della collettività (e dunque attraverso un preventivo accertamento), risulterebbe del tutto incomprensibile come mai per l'ipotesi meno grave (il generico furto notturno) sarebbe stata invece legittimata la gravissima sanzione della diretta reazione sommaria incontrollata del derubato» (A. CORBINO, *'Si nox furtum faxit'*, cit., 248). Ancora una volta mi sembra spiegabile, da una parte, il riconoscimento di un *ius occidendi* a favore del derubato quale deterrente per i ladri, sulla base di una considerazione (statistica-oggettiva) operata dal legislatore decemvirale in merito alla frequenza e alla diffusione dei furti nonché alla *audacia* dei ladri; dall'altra, non va dimenticato che l'affidamento agli organi dello Stato (nonché la sanzione con *supplicium* più grave della sanzione prevista per l'omicidio), in virtù della natura 'sacrale' dell'illecito del *pavisse et secuisse*, comportava necessariamente una forma di pena placatoria (*deo necari*) mediante *suspensio* (nonostante le non persuasive note di E. REINACH, *Cérès ou Céréale? Comment les XII Tables châtaient les dégradations rurales*, in *Mnemosyne Bizoukides*, 1 ss.) alla divinità (il che va invece escluso nel caso 'meno grave' del laico furto notturno). Sul testo di Plinio concernente il *pavisse et secuisse* cfr. E. CARRELLI, *Plinio 'nat. hist'. 18.3.12 e il delitto di danneggiamento alle messi nel sistema delle XII Tavole*, in *AUBA*, II, 1940, 1 ss., nonché B. PERRIN, *Le délit décemvirale de destruction de récoltes sur pied (Plin. hist. nat. 18.3.12)*, in *AUSDE*, II, 1953, 173 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del 'furtum'*, cit., 12 s. (ad avviso dei quali l'ipotesi del *frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse* sarebbe qualificabile in termini di danneggiamento); nonché P. HUVELIN, *Etudes*, cit., 61 ss. (che ipotizza una forma aggravata di furto); vd., sul testo, altresì, E. CANTARELLA, *I supplizi capitali*, cit., 173 ss. (che, a mio avviso, non coglie nel segno là dove riconduce il perfetto infinito *pavisse* non a *pasco*, bensì a *paveo* - che è verbo intransitivo significante 'ho paura' e non, come l'illustre studiosa vuole, transitivo nel senso di 'spavento' [con formule magiche] -, concependo così la fattispecie come orbitante entro la sfera degli 'illeciti di magia'); F. ZUCCOTTI, *'Fruges fructusque'* (*studio esegetico su D. 50.16.77*). *Per una ricerca sulle origini della*

curieuse», che «cet intellectualisme, c'est des Grecs que des Romains le tiennent, seulement, les Grecs n'ont guère l'idée de l'appliquer à la matière du droit, chez eux, est resté largement engagé dans la pratique»⁶⁶⁸: è noto, del resto, che lo stesso Platone era entro il *genus* della 'politica' - e in una prospettiva di salvezza psichica - che vedeva quali *species* i due momenti della creazione e della applicazione del diritto⁶⁶⁹. Considerando quanto testé notato come dato acquisito per connotare l'esperienza greca sotto il profilo giuridico (cui rimase estranea non solo «una nozione teorica di diritto»⁶⁷⁰, ma anche basilari distinzioni come quella fra diritti reali e diritti di credito, o basilari concetti come quello di obbligazione, proprietà, possesso, quali realtà logiche che «rinviano a forme di pensiero estraenee alla mentalità greca»⁶⁷¹) quindi, può sicuramente stupire l'atteggiamento del D'Agostino allorché scriveva - forse eccessivamente influenzato dagli ancora recenti entusiasmi jaegeriani del 'Praise of Law'⁶⁷² - in un suggestivo e appassionato studio dedicato all'*arkhè* mitica dell'esperienza giuridica, che «agli occhi dello studioso del nostro tempo, la cultura greca possiede, tra i suoi pressoché infiniti titoli di merito, quello di aver creato il senso del diritto, non nella prospettiva altissima, ma pur sempre pragmatica quale fu propria ed esclusiva dei romani, ma in quella certamente meno operativa, ma indubbiamente più significativa filosoficamente, della 'fede nella giustizia'»⁶⁷³. Da un lato, quindi, un mondo romano cui l'Occidente di oggi sarebbe debitore di un

nozione di «Frutto», Padova, 2000, 41 s. (che, rettamente, pensa con riguardo a Plin. *nat. hist.* 18.3.3.12, a ipotesi «alquanto meno eterodosse» rispetto a quelle attinenti alla sfera magica). Io credo che, ragionando sulla base di un criterio formale, proprio il tipo di sanzione comminata dai decemviri (sanzione dalla valenza evidentemente religiosa, tesa a far espiare l'offesa in nome di Cerere) sia sintomatica della protezione di un interesse - trascendente quello meramente economico e laicamente generale - diverso da quello alla base della repressione del mero furto o del mero danneggiamento: parlerei di una ipotesi 'sacrale' (usandosi l'aggettivo, come è ovvio, impropriamente) a sé, che, tuttavia non sarei propenso a qualificare come illecito comportante *consecratio* (come pensava, invece, H. FUGIER, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Paris 1963, 242, sul quale, criticamente, vd. i giusti rilievi di S. TONDO, *Il 'sacramentum militiae' nell'ambiente culturale romano-italico*, in *SDHI*, XXIX, 1963, 47 s.), bensì come *scelus inespiable* a mezzo di *piaculum* e punibile con il *supplicium* della messa a morte in nome della divinità offesa (*deo necari*: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*, cit., 7 ss.).

⁶⁶⁸ L. GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, 202.

⁶⁶⁹ Plat. *Gorg.* 464 b-c.

⁶⁷⁰ A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 13.

⁶⁷¹ A. MAFFI, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, in G. CAMBIANO - L. CANFORA - D. LANZA (ed.), *Lo spazio letterario della Grecia*, I.1, Roma, 1992, 429.

⁶⁷² W. JAEGER, *Praise of Law*, in P. SAIRE (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York, 1947, 352 ss.

senso giuridico 'altissimo' e 'pragmatico', dall'altro, un mondo greco che - scarsamente propenso, anzi, insensibile, a razionalizzazioni 'operative'⁶⁷⁴ - avrebbe reso fecondo, in senso addirittura fideistico, il campo della giustizia. Non è certo originale - e lo si accennava poc'anzi - sostenere che la greicità mai dedicò al diritto in quanto tale una riflessione appropriata tesa a ordinare, nella sua multiformità, la fenomenologia dei fatti giuridici in schemi rigorosi (talchè, addirittura, v'è stato chi ha ardito affermare, arroccato su una posizione radicalmente antitetica a quella del D'Agostino, che «Law is one of the very few areas of social practice in which the ancient Greeks have had no significant influence on subsequent societies»⁶⁷⁵), né sarebbe prudente voler criticare una così comune e storicamente fondata ricostruzione: vero è che la dicotomia delineata dal D'Agostino tra 'senso della giustizia' e 'operatività del diritto', pare una volta calata nell'esperienza greca, poco pertinente: basti pensare che, alle origini del mondo greco post-miceneo, quando ancora il *nomos*, grande assente del lessico omerico⁶⁷⁶, non era stato elevato né formalmente né sostanzialmente, a fondamento del vivere politico, era *dike* - vocabolo che indicherà in epoca classica tanto la 'Giustizia' quanto il 'processo' e la 'sentenza'⁶⁷⁷ - l'espressione che, eccezion fatta

⁶⁷³ F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano, 1979, 13. Sull'assenza di una parola greca che indichi il 'diritto', cfr., per tutti, A. MAFFI, *Leggi scritte e pensiero giuridico*, cit., 419; vd., altresì, L. GERNET, *Diritto e civiltà in Grecia antica*, trad. it., Firenze, 2000, 141.

⁶⁷⁴ Parla come è noto di difetto di sensibilità per «l'approfondimento del momento tecnico-giuridico», M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. BRETONE - M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Roma - Bari, 1994, 19 s., sulla scorta di H.J. WOLFF, *Rechtsexperten in der griechischen Antike*, in *Opuscola Dispersa*, Amsterdam, 1974, 81 ss.

⁶⁷⁵ Così, provocatoriamente, si apre il capitolo su 'The Legacy of Athenian Law?' in S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1992, 3.

⁶⁷⁶ Vd., paradigmaticamente, R.J. CUNLIFFE, *A Lexicon of the Homeric Dialect*, London - Glasgow - Bombay, 1924, 281.

⁶⁷⁷ Su tale relazione sono fondamentali: R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur geschichte der Rechtsidee bei den Griechen*, Leipzig, 1907, 57 ss., 60 ss., 95 ss. 104 ss. ad avviso dei quali *dike* andrebbe connessa con il verbo *dikein* (gettare, emettere, emanare) e sarebbe da associare al senso primevo di sentenza considerata prevalente in Iliade (laddove in Odissea si sarebbe affermato anche il senso di 'Gewohnheit'); al pensiero di Hirzel si è uniformato V. EHERNBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum: Untersuchungen zur Geschichte der werdenen Polis*, Leipzig, 1921, 54 ss., e, con lui E. WOLF, *Griechische Rechtsdenken, I, Vorsokratiker und frühe Dichter*, Frankfurt, 1950, 1950, 85 ss.; secondo l'etimologia più accreditata *dike* deriverebbe da *deiknymi* (cfr. J. GONDA, *Deiknymi: Semantische Studie over den Indo-Germanische Wortel Deik*, Amsterdam, 1929, 224) e, pertanto, avrebbe il senso primo di direzione, indicazione, costume e uso sino a significare un complesso di norme e comportamenti inerenti ai «traditional rights» (M. GAGARIN, *Dike in the Works and*

per due singoli passi in cui viene concepita come 'principio'⁶⁷⁸, denotava tanto la 'procedura pubblica', quanto la 'posizione soggettiva' (vuoi favorevole, vuoi sfavorevole, vuoi neutra); una connessione concettuale ed etimologica, quindi, ancora nell'epoca classica tiene legate indissolubilmente la prospettiva filosoficamente 'alta' - quale, ad esempio, è enunciata nel Protagora⁶⁷⁹ - della Giustizia (*Dike*) e quella 'operativa' che relaziona - in una 'dommatica immanente'⁶⁸⁰ che, in modo del tutto inconsapevole, fa propria la tesi della concezione sostanziale dell'azione - la 'ragione di parte' (*dike*) alla 'tutela processuale' (*dike*)⁶⁸¹.

Invero in un mondo quale è quello omerico (che è sì composito e disomogeneo, ma altresì connotato da numerosi aspetti unitari e di continuità storica)⁶⁸², ovviamente, questioni come quella

Days, in *CPh*, LXIX, 1973, 82, nt. 6); infine il Palmer l'ha associata alla radice bisemica *deik-*, pensando ad una *dike* quale 'caratteristica' e ad una *dike* quale 'limite divisorio' (L.R. PALMER, *The Indo-European Origins of Greek Justice*, in *TPhS*, 1950, 149 ss.; cfr., altresì, E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, trad. it., Torino, 2001, 363 ss.; cfr., infine, per l'innovativo approccio, G. SEMERANO, voce *d...kh*, in *Le origini della cultura europea*, II.1, *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee. Dizionario della lingua greca*, Firenze, 1994, 75 (che vede nel sumero *dikugallu*, giudice supremo, l'origine remota e nobile di *dike*).

⁶⁷⁸ Cfr., correttamente, H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, Berkeley - Los Angeles, 1971, 166, nt. 23, che ricorda (almeno) Hom. *Il.* 16.388 e *Od.* 14.84 (*contra*, ma forzando i due passi M. GAGARIN, *Dike in the Works and Days*, cit., 89 ss.).

⁶⁷⁹ Plat. *Protag.* 322 c - 323 c.

⁶⁸⁰ Il riferimento è, ovviamente, al pensiero di H.J. WOLFF, *Rechtswissenschaft bei den Griechen*, in *Seminar*, III, 1945, 95 ss.; Id., *Rechtsexperten in der griechischen Antike*, cit., 89 ss.

⁶⁸¹ Cfr., per una sintesi, S. TODD, voce *dike*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), *'Nomos'. Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, 222, «A concept of wide scope: 'justice,' 'good order,' 'judgement.' But it can also refer to the process by which a just settlement is determined, thus 'a lawsuit,' 'a trial,' and even 'the case which one pleads' or 'the penalty which one has to pay.' In the sense of 'lawsuit,' *dike* can be used either generically, to refer to any type of indictment, or else (more commonly) in a semi-technical sense, to denote the older 'private suit' (which only the aggrieved party or his immediate or his immediate personal representatives could bring) as opposed to the newer 'public suit' (*graphe*), which could be brought by any citizen in good standing; it should however be noted that the category of public procedure was broader than that of *graphe*, and included a number of extraordinary procedures which were not themselves *graphai*».

⁶⁸² Da condividere è, senz'ombra di dubbio, l'esame sintetico di Ercolani secondo cui «l'esame di alcuni fatti della cultura materiale e di alcuni codici etici permettono di cogliere disomogeneità del quadro culturale descritto nei poemi omerici, che come insieme, non coincide con nessuna delle epoche storiche a noi note. Al di là della distorsione della realtà propria dell'elaborazione poetica,

affiorante nel dialogo platonico 'Eutifrone'⁶⁸³, sono 'en bloc' tanto improponibili quanto inutili: e una tale considerazione si apprezza in tutta la sua portata se intesa alla luce sia della preponderanza (piuttosto che della esclusività totalizzante⁶⁸⁴) dei casi in cui emerge la convinzione, saldamente radicata negli uomini delle 'diverse civiltà' dipinte nei poemi (ossia quella dei regni micenei, quella dei 'Dark Ages', e quella dell'età proto-politica dell'ottavo secolo a.C.)⁶⁸⁵, della capricciosa arbitrarietà degli dei⁶⁸⁶, sia della assai limitata rilevanza, nel codice agonistico di matrice eroico-tribale⁶⁸⁷, che gioca la giustizia in senso sostanziale⁶⁸⁸.

questa disomogeneità è sensatamente spiegabile solo come risultato di una stratificazione progressiva della tradizione poetica, che ha desunto elementi da ogni fase storica attraverso cui è transitata, affiancandoli - in maniera a volte contraddittoria - a quelli già presenti al suo interno» (A. ERCOLANI, *Omero*, Roma, 2006, 56). Ovviamente l'enfasi con cui le interne contraddizioni sono state messe in luce quali 'disomogeneità cronologiche' non è affatto preclusiva, in assoluto, della individuazione di numerose linee di continuità, sotto il profilo istituzionale, linguistico, valoriale, che congiungono la antichissima civiltà dei micenei (prima della caduta dei Dori) di tipo monarchico, alla civiltà dei greci (dopo l'età buia del cd. Medioevo Ellenico) di tipo 'protopolitico aristocratico' (cfr. J. WHITLEY, *Style and Society in Dark Ages. The Changing Face of a Pre-literate Society 1100-700 BC*, Cambridge, 1991, 39 ss.; P. VIDAL-NAQUET, *Homère et le monde mycénien*, in *Annales ESC*, XVIII, 1963, 703 ss.). Per la valutazione complessiva di tali innegabili disomogeneità, rimango tuttavia scettico circa l'impiego (perlomeno in termini assoluti) del metodo sistematico propugnato da F. CODINO, *Introduzione ad Omero*, Torino, 1965, 71 ss. (e solo in parte accolto da E. CANTARELLA, *Itaca*, Milano, 2002, 51 e nt. 124): l'autore infatti ritiene che la descrizione epica in tema di rapporti sociali (costumi, istituzioni, pratiche) sia sempre 'attualizzata' dagli aedi, laddove gli atti o i costumi considerati isolatamente appartengano a epoche pregresse, mentre gli 'oggetti' siano di età remotissima; infatti, a parte la arbitrarietà del criterio che prende a riferimento ora singoli atti ora istituzioni nel complesso, non mi pare agevole spiegare attraverso la tricotomia di Codino da un lato - sotto il profilo oggettistico - la compresenza della coppa di Nestore (*Il.* 11.632-635), di chiara fattura micenea, e il cesto d'argento su ruote donato a Elena da Alcandre (*Od.* 4.131-132) risalente all'età protogeometrica (cfr., su tali due oggetti e sulla loro collocazione cronologica, G.S. KIRK, *Objective Dating Criteria in Homer*, in *Museum Helveticum*, XII, 1960, 189 ss.), dall'altro - sotto il profilo istituzionale - la compresenza di modelli giurisdizionali affatto diversi tra loro, sintomatici di culture ed epoche distanti nel tempo, quale 'la giustizia divina del re - giudice unico' (cfr., paradigmaticamente, *Il.* 2.204-206), e 'la giustizia laica dei *gerontes*' (*Il.* 18.496 ss.), l'una sintomo di modelli micenei, l'altra di modelli più recenti (sul punto è imprescindibile la lettura di E. CANTARELLA, *Modelli giurisdizionali omerici: il giudice unico, la giustizia dei vecchi*, in *Symposion 1997*, 2001, 4 ss.). La disomogeneità omerica, insomma, non mi pare analizzabile per comparti stagni e in modo settario: già le due antitesi testé addotte come esempi (coppa/cesto; *anax/gerontes*) mi paiono ben elucidare la trasversalità della diacronia in Omero; del resto l'adesione alla tesi della 'stratificazione' permette di eludere inutili perplessità come quella derivata al Sinclair dalla lettura della scena giudiziaria

Vero è che la tendenziale identificazione (o, *rectius*, l'affermazione della necessità di adeguamento) tra le 'regole di condotta' che o venivano all'uopo create *ex novo* dai re (in un'epoca in cui «la distinzione della funzione normativa da quella giudicante neppure è percepita»⁶⁸⁹), interpreti della volontà di Zeus, o - se esse già erano state emesse e in qualche modo registrate - venivano applicate al caso concreto (in quanto analogo a uno già deciso in giudizio) e la 'volontà divina'⁶⁹⁰, va necessariamente letta diacronicamente come una progressione (a far tempo dall'età dell'alto arcaismo sino a quella delle fasi di emersione della *polis*) verso un'istanza, che si fa sempre più

dello scudo d'Achille «circa l'esatto significato della procedura» che lo induce a chiedersi «perché mai nessun re partecipi all'amministrazione della giustizia» e a sostenere che Aristotele fosse in errore allorché considerava la giustizia regia la sola nei tempi eroici, in quanto, a suo (infondato) dire, «la maggior parte delle testimonianze che possediamo suggerisce l'idea di un organo collegiale, non di un solo individuo» (T.A. SINCLAIR, *Il pensiero politico classico*, trad. it., Roma - Bari, 1993, 18 e nt. 7). Così, entro la cornice della questione inerente i rapporti tra Micene e Omero, non è affatto da seguire quell'orientamento che rigidamente vedeva i poemi come prodotto esclusivo dei secoli bui e, con il Finley, sosteneva che «la differenza tra le due società sta nella struttura, non semplicemente nella misura e nelle dimensioni» (M.I. M.I. FINLEY, *Il mondo di Odisseo*², trad. it., Rocca San Casciano, 1966, 173 s.; *Id.*, *Homer and Mycenae: Property and Tenure*, in *Historia*, VI, 1957, 133 ss.; sulla stessa linea anche L.R. PALMER, *Minoici e Micene: l'antica civiltà egea dopo la decifrazione della Lineare B*, trad. it., Torino, 1969, 115, nonché A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, cit.), di modo che l'autore è portato a concludere - erroneamente - che l'assegnazione del *temenos* al sovrano, comune in epoca micenea, sarebbe sconosciuta all'Iliade e all'Odissea (tesi smentita da Hom. *Il.* 9.191-195, 9.574-580, 9.597; *Od.* 11.185-187) e che i *basileis* omerici sarebbero espressione dei capi delle comunità sopravvissute al crollo dei Palazzi e organizzate secondo nuovi schemi politici. Ma se ciò non è affatto negabile, la categorica affermazione non tiene conto del fatto che talora Omero, formalmente, impiega l'aggettivo sostantivato *basileus*, per poi descrivere, in buona sostanza, non tanto un *primus inter pares* dell'aristocrazia post-palaziale, quanto un sovrano miceneo: ciò è - senza ombra di dubbio - per Agamennone in Hom. *Il.* 2.203-205 (ove, se è vero che non si impiega *anax* ma *basileus*, altrettanto vero è che lo si qualifica con attributi palaziali quali lo scettro, l'unicità di potere, la conservazione di *themistes* in nome di Zeus); e così è pure - seppur meno certamente - per il re di Pilo Nestore (che qui non si vuole certo 'storicizzare', ma di cui si vuole solo sottolineare la connotazione omerica in chiave micenea): ciò possiamo ricavare dalla sontuosità del suo palazzo (*Od.* 3.386 ss.), dalla fattura della coppa (*Il.* 11.632-635), dalla pacifica esistenza archeologica di un regno pilio (cfr., paradigmaticamente, J. BENNET, *Space through Time: Diachronic Perspectives on the Spatial Organisation of the Pylian State*, in R. LAFFINEUR - W.D. NIEMEIER, *Politeia: society and State in the Aegean Bronze Age*, Liège, 1995, 589 ss.), secondo alcuni, peraltro, perfettamente coincidente con le descrizioni omeriche (vd. S. HILLER, *Studien zur Geographie des Reiches um Pylos nach den mykenischen und homerischen Texten*, Wien, *passim*, che riconosce come limite settentrionale di Pilo il corso dell'Alfeo, contro J. CHADWICK, *Il mondo miceneo*, trad. it., Milano, 1980, 68 ss., che

pressante, nella civiltà aristocratica cantata da Esiodo⁶⁹¹, di giustizia.

Tale istanza, per vero, non deve essere interpretata quale espressione di un atteggiamento critico dell'uomo greco verso l'ora insindacabile (e prima anche imperscrutabile) volontà divina; volontà che, se non già all'interno dell'Iliade, sicuramente nel passaggio dall'Iliade all'Odissea, si va caratterizzando per una immedesimazione, prima inesistente, con ciò che è giusto. Essa, di contro, va intesa come avversione - manifestata attraverso la voce dell'epica - nei confronti della *boulè* e degli *erga* 'regali', allorché coloro che erano investiti della funzione giudicante non

posiziona il confine nord nella valle del Neda, naturale demarcazione tra Messenia e Trifilia), dall'esistenza di una 'Nestoride' di origine micenea (G. LUCCHINI, *Ricordi storici micenei del regno di Pilo nei poemi omerici*, in *SMEA*, XIII, 1971, 51 ss.), dalla corrispondenza tra il *ku-ru-so-wo-ko* attestato a Pilo (PY An 207.10) e il *khrysokhoos* chiamato da Nestore stesso in occasione del sacrificio per l'epifania di Atena (*Od.* 3.425), nonché dall'enoteismo pilio pro Poseidone (*Po-se-da-o*: PY Es 653.1), il cui sacello occupa un ruolo primario nel calendario rituale (come testimonia la ricorrenza di *po-si-da-i-jo* in PY Tn 316), e al quale Nestore è, nell'Odissea, immortalato nell'atto di offrire in riva al mare un sacrificio di tori (*Od.* 3.5). Ne consegue che non pare seguibile né Eva Cantarella là ove afferma senz'altro che «nessuno dei *basilees* omerici ... è un *wanax*» (E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero. Contributo alla protostoria del diritto greco*, Milano, 1979, 148 ss., 102), né Nilsson che dicotomizza radicalmente la 'regalità omerica' in iliadico-micenea e odissaico-aristocratica (P. NILSSON, *Das homerische Königtum*, in *SPAW*, 1927, II, 23 ss., Id., *Homer and Mycenae*, London, 1933, 215); né chi come la Stella o Janssens identificano 'tout court' il *basileus* omerico con il *wa-na-ka* dei regni micenei (E. JANSSENS, *Royauté mycéénienne et olympienne*, Bruxelles, 1962; L.A. STELLA, *Tradizione micenea e poesia dell'iliade*, Roma, 1978 49 ss.; cfr., inoltre per la riproposizione, diversamente giustificata, dell'idea che i poemi rappresentino la società micenea, R. WESTBROOK, *The Trial Shield in the Iliad*, in *HSCP*, XCIV, 1992, 53 ss.; G. NAGY, *The Shield of Achilles. Ends of Iliad and Beginning of the Polis*, in S. LANGDON [ed.], *New Light on a Dark Age*, Columbia - London, 1997, 194 ss.): la diacronia, invero, porta a descrivere il *basileus* (*in primis* nell'Odissea) ora come un 'capo carismatico' delle comunità aristocratiche che vanno dall'alto arcaismo all'ottavo secolo a.C. (secondo il lasso temporale proposto convincentemente da E. CANTARELLA, *Itaca*, cit., 51) il cui potere non poggia sul diritto di sangue (come si evince, in generale, dal contrasto tra Telemaco e i Proci), ma si acquista e si mantiene in virtù delle caratteristiche personali (come si inferisce, paradigmaticamente, dalla 'prova con l'arco' di Hom. *Od.* 21.84 ss., quale «prova di abilitazione alla regalità»: P. CARLIER, *Regalità omeriche e regalità greche dell'alto arcaismo*, in E. LUPPINO MANES [ed.], *Storiografia e regalità nel mondo greco*, Alessandria, 2003, 26) ora, soprattutto (ma non esclusivamente) nell'Iliade, come un 'sovrano miceneo' di tipo dinastico (cfr. *Il.* 20.179-183) e il cui potere è approvato dalla divinità (cfr. *Il.* 2.203-206; *Od.* 11.568-571). Né pare condivisibile la scuola di pensiero dominante che ha collocato il mondo omerico in blocco nell'ottavo secolo, ossia all'epoca in cui i poemi sarebbero stati definitivamente trascritti (cfr. R. JANKO, *Homer, Hesiod and Hymns. Diachronic Development in Epic Diction*, Cambridge, 1982, 228 ss.; J.M. REDFIELD, *Nature and*

immanentizzassero le *boulai* celesti, attraverso quell'attività (primariamente selettiva) consistente nel (*dia*)krinein le *themistes*⁶⁹², vale a dire nel risolvere (attraverso una procedura non solo 'inventiva', ma talora necessariamente 'creativa' della regola) il caso controverso loro sottoposto: le *themistes*, cioè le pronunce originariamente 'oracolari'⁶⁹³ capaci di stratificarsi (a detta di una *communis opinio* peraltro non pienamente convincente esclusivamente come «oral precedents») e formare, così, per l'avvenire, «the basis for decision by judges»⁶⁹⁴, nel mutare la loro ontologia assurgono a paradigma del *processus* storico subito dall'ideologia alto-arcaica riguardante le

Culture in the Iliad. The Tragedy of Hector, Chicago, 1975, 36 ss.; S. SCULLY, *Homer and the Sacred City*, Ithaca, 1990, *passim*). Sui problemi che nascono qualora si cerchi di conciliare i dati (spesso discordanti) contenuti in Omero, con una sintetica ed esaustiva rassegna degli autori che si sono occupati delle 'fratture' e delle 'continuità' tra i regni micenei storici e il mondo descritto nei poemi, vd. oltre che E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 38 ss., 176 ss. (propensa a una valutazione non sincronica dei riferimenti omerici ad oggetti, istituti, forme sociali), J.N. COLDSTREAM, *Geometric Greece*, London, 1977, 18 (che incisivamente descrive i poemi come un amalgama alluvionale di elementi anacronistici sedimentatisi in secoli di tradizione orale).

⁶⁸³ Ossia la questione «se ciò che è giusto e sacro sia tale perché piace agli dei, o invece piaccia agli dei perché è giusto e sacro», come ben sintetizza N. BOSCO, *Themis e Dike*, in *Filosofia*, XVIII, 1967, 134.

⁶⁸⁴ Vanno sicuramente sfumate – seppur appaiono condivisibili nell'essenza – talune affermazioni categoriche di A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, trad. it., Roma - Bari, 1987, 95, 118, alla luce di quella già nota lettura 'stratigrafica' – come suggerisce persuasivamente anche E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., 148 ss., 170 s. – dei poemi, sicché nelle parti che paiono 'più recenti' dei poemi si percepisce – se analizzate con altre espressioni di epoche più remote – un passaggio di mentalità in forza del quale si richiederebbe qualcosa d'altro e di ulteriore agli dei rispetto al semplice 'capriccio': si tratta, invero, di passi pressoché *in toto* odissaici, ove Zeus è legato indissolubilmente alla giustizia in quanto è detto il punitore dei Proci – per il tramite di Ulisse come vindice (D. KAUFMANN-BUEHLER, *Hesiod und die Tisis in der Odyssee*, in *Hermes*, LXXXIV, 1956, 267 ss.) – per le loro condotte hybristiche (*Od.* 1.376-380), colui che sanziona chi devia dalla giustizia (*Od.* 13.213-214), castiga con un ritorno doloroso in patria gli eroi ingiusti (*Od.* 3.132-134): quanto a questi passi, quindi, non può che essere incondizionata l'adesione al pensiero di Lloyd-Jones che vede nel re degli dei la personificazione di un'istanza di giustizia (H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, cit., 2 ss., 28 ss.; vd., di contro, E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, trad. it., Firenze, 1997, 74 s., per una intransigente e aprioristica negazione della relazione Zeus-justizia). Quanto all'Iliade, il rapporto intercorrente tra Zeus e la giustizia è assai più problematico e di difficile decifrazione: l'unico riferimento esplicito è quello, celeberrimo, di Hom. *Il.* 16.385 ss. ove Zeus è descritto come il dio che punisce coloro che *krinosin skolias themistas* (sicché pare per lo meno fondata su basi poco solide l'affermazione di H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, cit., 6, secondo cui l'ideologia espressa sarebbe sintomo di dottrine che «are in fact perfectly consistent with the theology of the Iliad as a whole»), ossia quei giudici che, vuoi entro un collegio (come mi pare preferibile ritenere,

interconnessioni tra il potere regale, *lato sensu* inteso, e l'amministrazione della giustizia. *In primis*, la più antica giustizia micenea concentra nell'attività giurisdizionale-legislativa del *wana-ka* (*anax*) che è, quale giudice unico, *te-mi-to-qo-ro* (*themistopolos*) ed esercita le sue funzioni in nome di *Di-wo* (Zeus), in forza di un inestricabile intreccio, il giusto con l'ordine divino e l'ordine umano, talché si fa solare una mentalità giuridico-religiosa che, da un lato, legittima il potere regale in quanto, a monte, divinamente autorizzato e, a valle, divinamente ispirato, dall'altro, incapace di concepire alcuna separazione tra forma e sostanza, vede nelle *themistes* la costante espressione sensibile di *themis* e,

argomentando dalla scena giudiziale dello scudo di Achille), vuoi singolarmente, amministrano una giustizia laicizzata: si tratta, insomma, dei *basileis-gerontes*. Le evidenti similitudini formali, strutturali e ideologiche del passo in questione sia con Hesiod. *op.* 9-10, sia con Hesiod. *op.* 218-221 (ove, rispettivamente, si chiede a Zeus di raddrizzare con *dike* le *themistes*, che pertanto si presuppongono implicitamente *skoliai*, e si rammentano quei re corrotti che *krinosin themistas* con *skoliai dikai*), invero, hanno suscitato doverosamente numerose perplessità circa la sua 'autenticità': infatti Hom. *Il.* 16.385 ss., talora, è stato addirittura considerato spurio (talché si è sostenuta la interpolazione da parte di P. VON DER MÜHLL, *Kritisches Hypomnema zur Ilias*, Basel, 1952, 247; H. MUNDING, *Die Bewertung der Rechtsidee in der Ilias*, in *Philologus*, CV, 1961, 161 ss.; F. KRAFFT, *Vergleichende Untersuchungen zu Homer un Hesiod*, Göttingen, 1963, 77), talaltra, più blandamente e in modo generico, si sono sostenute solo talune 'influenze esiodee' (U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *Hesiodos Erga*, Berlin, 1928, 66; E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, cit., 96, nt. 17; M.M. WILLCOCK, *The Iliad of Homer*, Hampshire - London, 1984, ad Hom. *Il.* 16.387), talaltra ancora, secondo un orientamento che pare anche a me più persuasivo soprattutto alla luce delle considerazioni che portano a conciliare le contraddizioni interne attraverso un'esame diacronico delle istituzioni, delle pratiche sociali, degli oggetti materiali descritti da Omero (vd. E. CANTARELLA, *Itaca*, cit., 48 ss.), s'è parlato di uno *hapax* determinato dalla recenziarietà del passo (K. LATTE, *Schuld und Sünde in der griechischen Religion*, in *ARW*, XX, 1920-1921, 259; P. CHANTRAINE, *Le divin et les dieux chez Homère*, in *Entretiens Hardt*, I, 1952, 75 s.): Si pone, poi, il problema della costante menzione iliadica dell'attività dell'amministrazione della giustizia a mezzo di *themistes* in nome e per conto di Zeus (Hom. *Il.* 1.238-239; 2.204-206): il che potrebbe essere indice di una maggior fondatezza della tesi di Lloyd-Jones.

⁶⁸⁵ Parlo, in corpo di testo, di 'diverse civiltà', ovviamente, solo in nome di quel condivisibile approccio ai poemi, alla nota precedente già discusso, che, sotto il profilo storico, escluse le oramai sorpassate tesi sincroniche e legge le contraddizioni interne ai poemi in termini di diacronia: e ciò nella piena consapevolezza della unicità (e all'unitarietà) del mondo omerico sotto il profilo letterario: vero è che «la realtà descritta nell'Iliade e nell'Odissea non si lascia ricondurre solo a una facies culturale postmicenea», sicché «non è possibile ascrivere il mondo omerico nella sua interezza alla cultura micenea, come non è possibile ascriverlo in tutto e per tutto all'età dei secoli bui» (A. ERCOLANI, *Omero*, cit., 58). Alla luce di tali rilievi possono prendersi in considerazione, paradigmaticamente, i versi di Hom. *Il.* 15.135-137, ove Zeus viene descritto come il dio che - arbitrariamente - colpisce tanto i colpevoli quanto gli

pertanto, non le può che considerare come sempre *itheiai*: è questa la giustizia monarchica e teocratica sia iliadica dell'Agamennone celebrato da Odisseo come l'unico *anax* degli Achei e che, dotato di scettro, conserva le *themistes* per Zeus⁶⁹⁵, sia odissaica del Minosse che, con le insegne regali, giudica sui morti⁶⁹⁶; è questa – forse – anche la giustizia del *basileus* idealizzato da Esiodo nella Teogonia⁶⁹⁷. In secondo luogo, una volta affermata quell'ideologia, oramai del tutto palese nell'Odissea, che slegando la legittimazione divina dal fondamento della 'regalità', impone un modello di re anzitutto carismatico (e approvato, solo in quanto carismatico, dalla divinità), la subordinazione delle *themistes* a

incolpevoli: il passo è sintomo di una civiltà in cui la giustizia non era ancora un «valore diffuso», come si evince dalla condotta divina che «nei confronti degli uomini ignorava totalmente questo criterio: ire protezioni, punizioni, premi e interventi in favore dell'uno o dell'altro eroe non erano mai ispirati alla considerazione della giustizia o della ingiustizia del comportamento umano; l'intervento divino era piuttosto reazione a una offesa personale e risposta, del tutto soggettiva, a una mancanza di rispetto» (E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., 148; cfr., più recentemente, circa il rapporto 'squilibrato' tra la virtù della giustizia, minore, e quella dell'onore, maggiore, nell'enciclopedia agonistica omerica, A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 22 ss.). Pur essendo sempre iliadico, quindi, lo Zeus di Hom. *Il.* 15.135-137 (il cui volere è indifferente a istanze di giustizia) è sicuramente uno Zeus più antico di quello di Hom. *Il.* 16.385 ss. (che pare sintomatico di una situazione più recente, analoga a quella deprecata da Esiodo con riguardo alla giustizia aristocratica dei *basileis* mangiatori di doni che emettono *dikai skoliai* e contro cui il poeta invoca Zeus affinché possa *ithynein* con *dike* le loro *themistes*: Hesiod. *op.* 9, 221, 264), ma – a mio credere – più recente di quello menzionato in Hom. *Il.* 2.203-206, 9.96-99; 1.234-239 (oltre che in Hom. *Od.* 11.568-571), ove per l'appunto Zeus è sì il dio della giustizia, ma di quella amministrata prima della calata dei Dori dal *wa-na-ka* miceneo (considerazioni tutte queste che mi inducono, quindi, a rigettare la tesi avanzata da W. ALAN, *Divine justice and cosmic order in early Greek epic*, in *JHS*, CXXVI, 2006, 1 ss., secondo cui tra Iliade e Odissea non vi sarebbe alcun mutamento nella natura degli dei e nella concezione della 'giustizia', ma solo un cambio della prospettiva e della struttura narrativa).

⁶⁸⁶ Vd., paradigmaticamente, Hom. *Il.* 15.135-137.

⁶⁸⁷ Cfr., per una messa a punto dei valori e degli ideali della civiltà omerica (anzitutto con riguardo ad *aidos* ed *elenkheie*) cfr. E. CANTARELLA, *Itaca*, Milano, 2002, 74; ridimensiona l'etica agonistica del successo, peculiare di una 'shame culture', in Omero, da ultimo, U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma - Bari, 2009, 8 ss.

⁶⁸⁸ Cfr., sul punto, il classico studio di A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, cit., 94 ss. che parla, appunto, di una virtù minore. Lo stesso Gagarin riteneva che *dike*, riducibile a due «separate areas of meaning, characteristic and settlement» fosse «an insignificant word in Homer», in quanto per nessuna delle azioni principali dell'epica (come il furto di Paride o la punizione dei Pretendenti e di Egisto) v'era un qualche richiamo ad essa (M. GAGARIN, *Dike in the Works and Days*, cit., 87): la ricostruzione è insoddisfacente sia perché non pare tener conto della diacronia interna ai poemi, sia pare del tutto indifferente alla presenza di taluni casi in cui *dike* si eleva a principio e Zeus non è un dio capriccioso, ma

themis non è più la norma, ma il fine normalmente perseguito, tanto che sono ora concepibili pronunce regie *skoliai* ed è invocabile Zeus perché ‘rettifichi’ l’attività decisionale dei giudici: la giustizia dei *basileis* – come ci testimonia Esiodo, ma in un caso singolare anche Omero – è perfettibile divinamente⁶⁹⁸, giacché non presuppone più l’identificazione originaria tra la pronuncia regia e la *boulè* degli dei intesa quale *summa* dei principi della giustizia trascendente: è questa, insomma, la giustizia aristocratica e laica tanto del collegio dei *gerontes-basileis*⁶⁹⁹, quanto dei magistrati-re mangiatori di doni⁷⁰⁰. Venuto meno il fondamento divino del potere

‘della giustizia’ (sulla valenza anche ‘morale’ di *dike* in Omero si era espresso V. EHERNBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, cit., 57 ss.; e, in senso analogo, vd., altresì, J. JANIK, *Dike in the Works of Homer*, in *Eos*, LXXXVII.1, 2000, 23).

⁶⁸⁹ A. LO SCHIAVO, *Themis e la sapienza dell’ordine cosmico*, Napoli, 1994, 31.

⁶⁹⁰ Cfr., per la palese affermazione della necessità che il re pronunci delle *themistes* conformi alla volontà divina (a prescindere da ulteriori questioni attinenti alla conformità al ‘giusto’ di questo volere), anzitutto, Hom. *Il.* 16.386 ss., ove, prescindendosi qui dai problemi già *supra* cennati di autenticità o meno del passo – per cui cfr. R. JANKO, *The Iliad: A Commentary*, IV, cit., *a.h.l.* –, si dice che Zeus punisce quei giudici che scacciano *dike* dall’*agorà* (qui, senza ombra di dubbio, da intendere nel senso di ‘principio di giustizia’ (come rilevano M.W. DICKIE, *Dike as a Moral Term in Homer and Hesiod*, in *CPh*, LXXIII, 1978, 97; N. YAMAGATA, *Homeric Morality*, Leiden - New York - Köln, 1994, 91) e non da interpretare come indicativa di una «serie di sentenze date di necessità conformemente a quelle originarie divine» (M.P. MITTICA, *Il divenire dell’ordine. L’interpretazione normativa nella società omerica*, Milano, 1996, 193), in quanto, con violenza, essi ‘*krinosi skolias themistas*’ (ed implicitamente ciò si ricava anche da Hom. *Od.* 13.213 ss.); vd., altresì, Hom. *Od.* 16.402 (ove emerge il nesso tra *boulè* divina e *themistes*). Da rammentare, altresì, Hom. *hymn.* 3.94 ss., 123 ss. 132 ss. 252 ss., 292 ss., 394 ss., ove il *themisteuein* è verbo impiegato per designare l’attività del dio stesso il cui volere viene espresso attraverso oracoli-responsi promulgati dai sacerdoti delfici. Entro questa ideologia è, pertanto, perfettamente coerente che le stesse *themistes*, a seconda dei casi, possono essere, o *skoliai* o *itheiai*: e ciò a differenza di *themis* che non è, in quanto unica, caratterizzabile nell’uno o nell’altro senso. Quanto al collegamento ‘normale’ tra regalità, divinità e *themistes*, cfr. Hom. *Il.* 2.203-206, 9.96-99; 1.234-239, *Od.* 11.568-571, 11.185-187, 12.439-440: sul punto risultano imprescindibili le note di H.J. WOLFF, *Vorgeshichte und Entstehung des Rechtsbegriffe im frühen Griechentum*, in W. FIKENTSCHER (ed.), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, München, 1989, 557 ss., che riconnette la logica della natura divina delle *themistes* a quella dei primi ‘codici’ di leggi del settimo secolo a.C. (su cui cfr., da ultimo, M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, Cambridge, 2008, 74 ss., 171 ss.).

⁶⁹¹ Con riguardo a ‘Le Opere e i Giorni’ di Esiodo, il ‘farsi più pressante’ del bisogno di giustizia (come accenno in corpo di testo) non è, all’evidenza, sinonimo del ‘nascere’ della giustizia, così come pensa – sottovalutando il passaggio di prospettiva già verificatosi in Omero – M. ERLER, *Das Recht ‘dike’ als Segensbringerin für die Polis. Die Wandlung eines Motivs von Hesiod zu Kallimachos*, in *SIFC*, V, 1987, 5 ss. Non riesco a ben intendere, di poi, in

si apre la strada per la dicotomia e la dialettica tra giustizia umana e giustizia divina.

Già è presente *in nuce* quella mentalità, squisitamente ellenica, che sia non vuole dissociare 'ciò che è diritto soggettivo' da 'ciò che strumento previsto a protezione del diritto soggettivo' (*dike*), sia non intende separare 'ciò che al contempo è ordine stabilito e riconosce il diritto soggettivo' da 'ciò che è normale ordine teofisico' (*themis*)⁷⁰¹. E già tali brevi considerazioni sono sintomo di quella radicale diversità - come emerge ad un esame più accurato delle più antiche attestazioni - intercorrente, già *ab origine*, tra 'la natura di *dike*', per vero così controversa e

sostanza quale apporto alla comprensione della giustizia nel mondo greco affermare che in Esiodo l'attività giudiziale era più pronta a risolvere questioni circa la pacificazione e l'ordine sociale che stabilire la giustizia, come fa L. MARGETIC, *Il diritto nel Erga kai Hemerai di Esiodo*, in *ZAnt* XII, 1962-1963, 39 ss. E.F. BEALL, *Hesiod's treatise on justice : Works and days 109-380*, in *CJ*, Cl.2, 2005-2006, 161 ss.; J. Janik, *The meaning of justice in the poetry of Hesiod and its continuation in the lyric of Solon*, in *Eos*, LXXXIX, 2002, 203 ss.; sulla dipendenza di *dike* dalla volontà di Zeus cfr. A.S. NELSON, *The justice of Zeus in Hesiod's fable of the hawk and the nightingale*, in *CJ*, XCII, 1996-1997, 235 ss.; K. KUMANIECKI, *The structure of Hesiod's Works and days*, in *BICS*, X, 1963, 79 ss.; A. VERDROSS, *Die Begründung der antiken Rechtsphilosophie durch Hesiod*, in *AAWW*, CIII, 1966, 23 ss.; quanto al rapporto intercorrente tra le Muse (arte retorica e/o tradizione), Zeus (amministrazione della giustizia) e l'attività giudicante dei *basileis*, cfr. M. GAGARIN, *The poetry of justice: Hesiod and the origins of Greek law*, in *Ramus*, XXI 1992, 61 ss. (che, a quanto mi pare, sottovaluta la funzione di memorizzazione dei precedenti da parte dei re); C.P. ROTH, *The kings and the Muses in Hesiod's Theogony*, in *TAPhA*, CVI, 1976, 331 ss. (pronta a riconoscere nei re esiodici dei giudici che risolvono le questioni loro sottoposte a mezzo di *themistes*, principi fissi nella tradizione, memorizzati); T. BIRT, *Perses und die Basilees bei Hesiod*, in *PhW*, XLVIII, 1928, 185 ss.

⁶⁹² Cfr., quanto all'insidioso rapporto tra detto verbo (talora nel suo composto *diakrinein*) e il sostantivo *themistes* (quale suo complemento oggetto) i seguenti passi: Hom. *Il.* 16.387 (ove si fa riferimento, come già abbiamo avuto modo di notare *supra*, in un *hapax* iliadico connesso alla 'rettificazione' da parte di un singolare Zeus quale dio della giustizia, come avviene in Hesiod. *op.* 9-10, al *krinein* avente ad oggetto *skoliai themistes* di plurimi *basileis*); Hesiod. *theog.* 85-86 (ove si fa riferimento, con riguardo alla celebre idealizzazione esiodica del *basileus*, al suo *diakrinein* di *themistes* in rapporto a *dikai* non storte, ossia *ithyeiai*); Hesiod. *op.* 221 (ove i re divoratori di doni sono detti *krinein themistas* mediante *skoliai dikai*). Tanto nella società esiodica quanto in quella omerica non micenea, entrambe di carattere aristocratico in quanto rette da nobili detti *basileis* che, invero, altro non sono che «distinguished members of a community» (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 44), il *themisteuein* (verbo che denota, più peculiarmente, l'attività decisoria-legislativa dei re micenei e dei sacerdoti, se non della divinità stessa) è sciolto in una perifrasi in cui *themistes* è l'oggetto di un'attività (tipicamente umana) designata con il verbo *krinein* (o con il composto *diakrinein*) cui ora si aggiunge o un dativo plurale di *dike* (con l'aggettivo *skolios* o *ithys* concordato in attributo, a seconda dei casi), ora si qualificano esplicitamente o implicitamente con l'aggettivo *skolias* (acc. femm.

sfuggente in tutte le sfumature che la connotano, così nella poesia delle origini⁷⁰², come anche nei frammenti dei presocratici sino ai discorsi logografici) e 'la natura di *themis*'⁷⁰³: e ciò implica, ovviamente, una divergenza semantica anche tra i verbi *dikazein* e *themisteuein*.

Tale divergenza, tuttavia, allorchè sia stata anche solo percepita (atteso che alcuni, invece, hanno inteso annichilire la dialettica tra *themis* e *dike* in nome di una asserita sinonimia o interscambiabilità⁷⁰⁴), sovente è stata resa in modo del tutto inadeguato: infatti, per quanto attiene alle risultanze del solo *epos* omerico, il campo di *dike* - come già si accennava - è stato da

plur.) le *themistes* stesse: pare lecito da questi passi inferire che sia Omero sia Esidoo si facciano portavoci di una mentalità che, in primo luogo, esclude dall'ontologia delle *themistes* la conformità all'ordine teofisico di *themis* e che, in secondo luogo, sottolinea il carattere umano dell'attività giudiziaria, di una mentalità, vale a dire, altra rispetto a quella dei passi che sono esemplificativi della giustizia micenea. Detto questo, onde distinguere *dikai* da *themistes*, non mi pare affatto adeguata, la lettura di van Wees che pensa, in relazione ai casi testé menzionati, alle *themistes* come a «law-sessions» (H. VAN WEES, *Status Warriors. War, Violence and Society in Homer and History*, Amsterdam, 1992, 34, nt. 44), né mi pare esaustivo il West che, a commento dei versi della Teogonia, ritiene che l'attività descritta da Esiodo sia quella di «to decide between opposing claims and between the possible *themistes* that would uphold the one ore the other» (M.L. WEST, *Hesiod. Theogony*, Oxford, ad Hesiod. *theog.* 85-86). Entrambe le soluzioni, infatti, paiono a me alludere - contro un, solo *prima facie* condivisibile, significato di *dike* inteso come 'sentenza' - a un presunto significato di *themistes* che potrebbe essere o quello di 'questioni dedotte in giudizio' o quello di 'casi giudiziari' o, ancora quello di 'giudizio', e quindi l'espressione *themistas (dia)krinein* potrebbe essere assimilata al *neikea krinein* di Hom. *Od.* 12.437-441. Vero è, invece, che, a voler considerare solo l'*epos* omerico e gli inni omerici, *themistes* è univocamente impiegato per designare solo un 'atto' - prescindiamo qui dalla forma orale o scritta che esso potrebbe avere - la cui fonte materiale è un soggetto investito di potere decisionale e giammai una 'difesa' o una 'accusa di parte' o, più genericamente, un 'argomento' a sostegno delle ragioni di una parte processuale: ne consegue che, sicuramente, il sostantivo *themistes* mantiene questo significato in Hom. *Il.* 16.387 e la qualificazione in termini di *skoliai* ben si spiega congetturando o la creazione umana di un 'ordine' che non è espressione di *themis* per la nuova fattispecie giudiziale o supponendo l'applicazione di un previo 'ordine' che è sì conforme a *themis* (e che rientra nel numero delle *themistes* precedenti), ma non si addice al caso concreto (nel senso che, ad esempio, o si accoglie una pretesa infondata, o si rigetta una pretesa infondata): non convince, insomma, attesa la funzione anche creativa di nuovo diritto da parte dei giudici, il pensiero di chi sostiene che unicamente le *dikai* (sentenze) possono essere *skoliai*, laddove le *themistes*, quali norme fisse, potrebbero essere qualificate tali solo per cataresi (P. ROUSSEAU, *Instruire Persès. Notes sur l'ouverture des Travaux d'Hésiode*, in AA.Vv., *Le Métier du mythe. Lectures d'Hésiode*, Lille, 1996, 107 s.). E lo stesso dicasi, ovviamente, per Hesiod. *op.* 9-10 (ove l'aggettivo *skolios* è implicito ma ben coerente con la richiesta da parte di Esiodo rivolta a Zeus di rettificazione con la *dike*-principio delle *themistes*): già solo dalla lettura di tali

molti ridotto a quello 'bicefalo' di un «process for the peaceful settlement of disputes» e di un «characteristic behavior»⁷⁰⁵, laddove altri hanno preferito discorrere o di un diritto umano o di un diritto politico (contro, rispettivamente, un diritto divino e un diritto genetico)⁷⁰⁶ *themis* è stato connessa *sic et simpliciter* da una critica moderna «quanto meno frettolosa» oltre che «alla dea del diritto divino o del diritto tradizionale o del diritto senz'altro»⁷⁰⁷, anche all'(i)dea della giustizia se non a quella della «Rechtssatzung»⁷⁰⁸. Si tratta di due termini, insomma, la cui dialettica già le fonti omeriche né permettono di intendere, in senso esclusivo, come contrapposizione tra «ordine trascendente»

versi pare emergere tutta l'inconsistenza della tesi di Gagarin secondo cui Esiodo non condannerebbe aprioristicamente la corruzione dei giudici (secondo l'interpretazione più comune: cfr. H. MUNDING, *Hesiods Erga in ihren Verhältnis zur Ilias*, Frankfurt a.M., 1959, ad Hesiod. *op.* 34 ss.; W.J. VERDENIUS, *A Commentary on Hesiod: Works and Days*, Leiden, 1958, 10 ss.), ma farebbe riferimento alla prassi che l'esercizio dell'attività giurisdizionale (tanto dei *gerontes* dello scudo, quanto dei re esiodei) sarebbe a 'onorario' (M. GAGARIN, *Dike in the Works and Days*, cit., 85; ID., *Hesiod's Dispute with Perses*, in *TAPhA*, CIV, 1974, 103 ss.; B.A. VAN GRONINGEN, *Hésiode et Persès*, in *MKNAW*, XX.6, 1957, 153 ss.); tesi che, da un lato, non tiene conto del fatto che è alquanto improbabile che le più antiche funzioni pubbliche fossero state retribuite (cfr., sul punto, paradigmaticamente, G.C. THOMAS, *Homer and the polis*, in *PP*, CVI, 1966, 5 ss.; M. LAURENCE, *Judges and Litigants*, in *JPh*, VIII, 1879, 125 ss.; C. FERRINI, *Quod conferat ad iuris criminalis historiam Homerorum Hesiodorumque poematum studium*, 1881, Berlin, 45), dall'altro, presuppone, almeno quanto alla giustizia dei *gerontes*, la tesi nient'affatto pacifica che '*ithyntata diken eipoi*' sia riferito all'attività di *ius dicere* (giudicare) di un giudice del collegio (ossia di che meglio di altri avrebbe trovato la soluzione compromissoria alla questione, o meglio avrebbe motivato) e non - come a me pare più convincente, attesa la natura non arbitraria del processo e la natura di *quaestio facti* della lite incentrata sull'avvenuto o meno pagamento della *poinë* - alla parte processuale vittoriosa in quanto con posizione risultata conforme alla verità dei fatti (cfr., per quest'ultima interpretazione, le persuasive notazioni di E. CANTARELLA, *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, XVI, 1972, 259 s.). Rimane da risolvere la espresa dialettica tra *themistes* e *dikai* nei due passi esiodei summenzionati: vero è - come sottolineano West e van Wees - che, in base a Hesiod. *theog.* 85-86 e Hesiod. *op.* 221, pare lecito postulare una alterità semantica tra i due termini; il che va sicuramente ascritto a merito dei due studiosi, laddove altri senza discussione e senza invece avvertire la necessità di spiegare la compresenza di *dike* e *themistes* non esitano a intendere *dikai* nel senso di sentenze: così discorre di «crooked justice» T.K. HUBBARD, *Hesiod's Fable of the Hawk and the Nightingale Reconsidered*, in *GRBS*, XXXVI, 1995, 164, nt. 8 e 171; e di uomini che «con torte sentenze amministrano la giustizia» parla A. JELAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 47; K. ROSEN, *Il pesniero politico dell'antichità*, Bologna, trad. it., 1999, 18; . Ma è forse corretto ritenere che le une indicano il 'caso decidendo', mentre le altre fanno riferimento alla 'decisione'? Se è vero che *krinein* e *diakrinein* possono essere qui ben riferiti alla concreta attività di 'scelta' (N. YAMAGATA, *Homeric Morality*, cit., 90; T.B.L. WEBSTER, *From Mycenae to Homer*, London, 1964, 26), avente ad oggetto l'ordine oggettivo espresso nelle

e «traduzione in un ordine immanente»⁷⁰⁹: da un lato v'è l'ordine oggettivo teofisico, concepito in origine come ordine che necessariamente le *themistes* rendono immanente, poi in prosieguo di tempo, concepito come trasfondibile in ordine terreno solo a condizione che la *boulè* umana dei *basileis* si adegui a quella di Zeus; dall'altra v'è la sfera soggettiva, la ragione di parte suscettibile di essere fatta valere in giudizio, riconosciuta, protetta.

Nomos, eunomia, isonomia.

themistes (scelta che, ovviamente, diviene all'uopo fittizia per risolversi in una 'creazione'), allora, alla luce di quanto emerge anzitutto dai poemi (ossia, a quanto mi pare, la prevalenza del senso soggettivo di *dike*), nulla esclude che pure le *dikai* esiodee facciano riferimento alle pretese di parte, sicché il *basileus* giusto dà seguito a 'pretese fondate' (*itheiai*), quello corrotto emette *themistes* per 'pretese infondate' (*skoliai*). Esiodo, in altre parole, secondo la mia interpretazione, farebbe riferimento in Hesiod. *theog.* 85-86 e Hesiod. *op.* 221, con la dialettica contrapposizione tra gli aggettivi *ithys* e *skolios*, non tanto alla rettitudine o meno delle 'sentenze' dei *basileis* (nel primo passo idealizzato, nel secondo passo detto 'corrotto'), ma alla fondatezza o meno delle ragioni di parte (*dikai*) così come esposte giudizialmente (cfr., in senso analogo, H.J. WOLFF, *Il concetto di diritto nella grecia arcaica*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, 774), sicché sul punto pare, *mutatis mutandis*, seguibile anche Havelock là ove ritiene che «la costante imputazione di scorrettezza si riferisce più probabilmente a scorrettezza nel linguaggio piuttosto che, come alcuni credono, all'ingiusta manipolazione dei confini nelle dispute di proprietà» (E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², trad. it., Roma - Bari, 2003, 265 s.): dette pretese *skoliai*, peraltro, nella loro temerarietà, sono tali da suscitare, qualora addirittura avanzate con spergiuuro, l'ira di Orkos (Hesiod. *op.* 219). Tutto ciò, ovviamente, non significa affatto che, secondo il mio pensiero, il termine *dike* in Esiodo non sia polisemico e inidichi, oltre alla spettanza, ora un principio talora anche personificato (Hesiod. *op.* 192, 220, 213), ora una procedura (Hesiod. *op.* 254): già Gernet, sul punto, aveva sapientemente rimarcato, rispetto alla maggior omogeneità omerica, la molteplicità, talora contraddittoria, dei valori di *dike* in Esiodo; ma anche questo studioso non aveva esitato a parlare di *dikai*-sentenze con riguardo indiscriminato a Hesiod. *op.* 39, 219, 221, 262, 264, 254, 269, 271 (L. GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris, 1917, 16).

⁶⁹³ Cfr. Hom. *Il.* 1.238, 2.206, 5.761, 9.99, 9.156, 9.298, 16.387; *Od.* 9.112, 9.215, 16.403. Cfr., nel senso del testo, M. DETIENNE, *I maestri di verità nella Grecia antica*, trad. it., Roma - Bari, 2008, 27; cfr., per il collegamento tra la dea Themis e la mantica, H. Vos, *Themis*, Assen, 1956, 56 ss. (che, poco convincentemente, la intende come originaria personificazione della *agorà* che nel culto e nella poesia sempre più precisamente si identifica con la dea del diritto).

⁶⁹⁴ Cfr., così, R. JANCO, *The Iliad: A Commentary*, IV, Cambridge, 1992, ad Hom. *Il.* 1.238 (che giustamente mette, altresì, in relazione le *themistes* alle *boulai* degli dei): le *themistes* sono dette «fati degli dei» anche da A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, 355, che continua sostenendo che esse «si

Nella categorica asserzione del D'Agostino, al principio del paragrafo precedente, ciò che, invece, suggestiona e pare cogliere nel segno, è - nel torno di poche parole - la sostituzione del sostantivo 'diritto' con 'giustizia'⁷¹⁰. Nello spirito greco (non solo dei poeti e dei filosofi, ma anche degli oratori), a prescindere da cosa poi essa in effetti significasse, se il secondo concetto non si identifica *in toto* nel primo, ne è considerato non il presupposto ideale, ma l'anima stessa (quasi da rendere superflua la contrapposizione, non solo ipotetica, ma anche concretamente operativa in termini di dissidio, tra 'diritto positivo' e 'ordine metapositivo'): l'antitesi effettiva - nelle principali credenze

trasformano in una serie codificata, benché non scritta, di precedenti normativi *ex consuetudine*». Il che, ad onor del vero, come facevo cenno in corpo di testo, mi pare una ricostruzione solo in parte condivisibile: se, infatti, in Omero numerose contraddizioni interne risultano facilmente spiegabili solo attraverso la tesi diacronica della 'condensazione stratigrafica' dei materiali poetici (cfr. su di essa le persuasive note di E. CANTARELLA, *Modelli giurisdizionali omerici*, cit., 4 ss.; per un quadro generale cfr. A. ERCOLANI, *Omero*, cit., 39 ss.), sicché nei poemi sarebbero ravvisabili descrizioni di società, istituzioni, valori appartenenti a culture diverse (nello spazio e nel tempo), e non, invece, la presentazione monistica di una sola civiltà (come potrebbero essere quella micenea, quella post-dorica, o quella del medioevo ellenico, ciascuna presa *in toto* come esclusiva), allora - se è vero tutto ciò - i molteplici riferimenti iliadici e odissiaci alla giustizia amministrata dal giudice unico (che sia detto *anax* o *basileus*, qui è irrilevante) e individuata paradigmaticamente nel *themisteuein* di Minosse (Hom. *Od.* 11.568-571), potrebbero ben essere ascritti alla giustizia, sempre esercitata in nome e per conto della divinità (*Di-wo*), del *wa-na-ka* miceneo, detto per l'appunto, in PY Aq 218 verso, *ti-mi-to-qo-ro* (cfr. H. MUEHELESTEIN, *Panzeus in Pylus*, in *Minos*, IV, 1956, 83, nt. 4; M.S. RUIPEREZ, *Notes on Mycenaean Land Division and Livestock-Grazing*, in *Minos*, V, 1957, 183). Quindi, se così è, allora le *themistes* cui Omero fa più volte riferimento, lungi dall'essere solo precedenti tramandati *ex consuetudine*, come vuole il Biscardi, potrebbero essere 'pronunce-oracoli' aventi efficacia 'particolare' (in quanto relative ad un caso singolo), ma suscettibili di 'generalizzazione' (quali precedenti), conservabili materialmente negli archivi palaziali; contro l'argomento della pressoché totale assenza di 'materiale giuridico' miceneo di cui vi sarebbe «scant evidence in the Linear B inscriptions» (T.G. PALAIMA, *Themis in the Mycenaean Lexicon and the Etymology of the Place-Name ti-mi-to a-ko*, in *Faventia*, XXII.1, 7 ss.), oltre alla menzione delle testimonianze di PY Ep 704.7-8 e Eb 297 (che richiamano un celebre caso di contenzioso intercorrente tra il *da-mo* e una sacerdotessa di nome Eritha circa la titolarità di un appezzamento di terra, *ko-to-na-o ke-ke-me-na-o*, secondo una parte '*o-na-to*', secondo l'altra '*e-to-ni-jo*'), va rammentato come, con riguardo esemplificativo a Cnosso, presumibilmente abbiamo solo una metà del totale delle tavolette fittili d'argilla; a ciò vanno aggiunti due importanti fatti: che le caratteristiche grafiche del Lineare B permettono di ipotizzare l'impiego di altri più pregiati materiali scrittori andati perduti con il crollo dei Palazzi, quali pelle e papiro; che le nostre tavolette, prive di datazione, sono di natura 'provvisoria' atteso che negli archivi si tenevano per un solo anno, per poi essere trascritte su materiali deperibili più pregiati per la conservazione definitiva (cfr. J. CHADWICK, *Burocrazia di uno stato miceneo*, in G. MADDOLI, *La civiltà micenea. Guida storica e*

classiche come inverte nella prassi⁷¹¹ – sarebbe stata di carattere formale, investendo due termini sostanzialmente omologhi, la giustizia scritta (*nomos gegrammenos*) e quella non scritta (*gnome dikaiotate*), entrambi, massimamente a seguito delle riforme di Efialte, monopolizzati dal popolo. Vero è, infatti, che nelle concezioni del quinto secolo e, soprattutto, dopo la definitiva restaurazione democratica nel 403 a.C.⁷¹², in quelle del quarto secolo a.C., *nomos* era sostantivo inteso non più nel primario senso arcaico di ‘costumanza’, ‘tradizione’, ‘diritto consuetudinario’⁷¹³, ma era teso a indicare la ‘legge’ per eccellenza (‘popolare’, a differenza degli ‘unipersonali’ *thesmoi* antichi, e

critica, Roma - Bari, 1977, 48 ss.): tale tesi sarebbe supportata, a mio avviso, da Hom. *Il.* 1.234-239, ove, appunto, si fa esplicitamente menzione di *themistes* che vengono ‘conservate’ (*eiryatai*) per conto di Zeus (*pros Dios*): cfr., infine, per una interpretazione analogamente propensa a considerare le *themistes* «massime orali ... simili alle regole della giurisprudenza» ed *eiryatai* come «conservare nella memoria», E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 168, 428, nt. 6.

⁶⁹⁵ Hom. *Il.* 1.234-239; 2.203-206; 9.96-99.

⁶⁹⁶ Hom. *Od.* 11.568-571.

⁶⁹⁷ Hesiod. *theog.* 85-86.

⁶⁹⁸ Hesiod. *op.* 9, 221

⁶⁹⁹ Cfr. G.M. CALHOUN, *Polity and Society: the Homeric Picture*, in AA.VV., *A Companion to Homer*, London, 1962, 437.

⁷⁰⁰ Quanto al problema sulla natura (monocratica o collegiale) della giustizia esiodea, Gagarin rileva che, sebbene in Esiodo «more than one judge is mentioned», tuttavia, non è certo «whether they carried out their duties separately or in a body (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 43).

⁷⁰¹ Dall’analisi che ho effettuato sulle ricorrenze di *themis* in Omero, né mi pare lecito vedere in essa alcuna forma di ‘giustizia’ (sicché mi paiono peregrini, se non supportati da tale convinzione, i riferimenti effettuati a tale concetto: vd. A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 30 ss.; E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*, cit., 151 ss., 219 ss.), né mi paiono cogliere nel segno quegli autori che senz’altro definiscono *Themis* come la ‘dea del diritto divino’: Preller parla della «Vertreterin des göttlichen Rechts» (L. PRELLER, *Griechische Mythologie*, I, 1894, 476); Murray vi vede «the personification of that divine law which ought to control all human affairs, of the highest and noblest sense of right which is subject to no human influences» (A.M. MURRAY, *Manual of Mythology*, New York, 1894, 27); né persuasivo è il Latte là ove intende *Themis* come l’ordine statale (K. LATTE, voce *Themis*, in *PWRE*, X, Stuttgart, 1934, 1630) Donde la definizione di ‘ordine teofisico’, piuttosto che di solo «ordre établi par les dieux» (P. CHANTRAINE, *Réflexions sur les noms des dieux helléniques*, in *Antiquité Classique*, XXII, 1953, 75 ss.; *Id.*, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque*, Paris, 1968, 428), proposta nel testo: *themis*, a mio avviso, indicherebbe (tuttavia senza alcuna unitaria istanza di ‘giustizia sostanziale’ e sempre in senso oggettivo, a differenza di quanto accade per *dike*, in cui o sotto il profilo statico – ragione di parte, spettanza, posizione – o sotto quello dinamico – procedura attivata onde far valere una propria posizione o far riconoscere una posizione altrui – prevale l’aspetto soggettivo), la ‘norma intesa come posta’ entro un ordine umano percepito e vissuto totalmente in balia di una forza superiore – ora capricciosa e

'scritta', a differenza dei meri *ethe* non vincolanti⁷¹⁴), «as an expression of what the people as a whole regard as a valid and binding norm»⁷¹⁵. *Nomos* è, cioè, durante l'epoca della democrazia radicale (ma non - come vuole Ostwald, seppur dubitativamente⁷¹⁶, sulla base di «flimsy ... direct evidence»⁷¹⁷ - già a partire dalla fine del sesto secolo a.C., ossia in corrispondenza delle riforme clisteniche), «the most common term to denote statutory legislation, i.e. legislation drafted and endorsed by state authorities»⁷¹⁸, laddove durante il sesto e il quinto secolo a.C. è ancora il riferimento diretto o indiretto alla 'scrittura' il mezzo

imprescrutabile, ora più intelligibile - che stringe inesorabilmente l'attività dell'uomo; forza che ora è ricondotta alla 'natura' (soprattutto in Iliade e Inni), ora alla 'divinità' (con frequenza maggiore in Odissea): Hom. *Il.* 9.134, 276, 11.779, 14.386, 23.44, 19.175-178; 24.652; *hymn.* 3.540; *Od.* 3.45, 9.268, 10.73, 11.451, 14.130. Un appunto particolare merita senza ombra di dubbio Hom. *Il.* 9.156, ove comparirebbe *themistes* nel senso - generalmente condiviso: U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *Hesiodos Erga*, cit., 67; H. VOS, *Themis*, cit., 5; E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., 246; A. LO SCHIAVO, *Themis*, cit., 29 - di 'tributo al *wa-na-ka*' (secondo una prassi, del resto, ben attestata e pacifica nei regni Micenei: cfr., paradigmaticamente, M. CULTRARO, *I Micenei*, Roma, 2006, 69); un tempo tale ricorrenza di *themistes* veniva connessa alla lettura *ti-mi-to* (tributo) di KN As 821 (come faceva T.B.L. WEBSTER, *From Mycenae to Homer*, cit., 106) ma ora è preferita la lettura *e-mi-to*, nel senso di 'salarariato' (cfr. C. SOURVINOU, *A Propos de la Tablette KN As 821, in Minos*, IX, 1968, 184 ss.; J.L. MELENA, *Studies on Some Mycenaean Inscriptions from Knossos Dealing*, Salamanca, 1975, 48; J. CHADWICK - J.T. KILLEN - J.P. OLIVER, *The Knossos Tablets*, Cambridge, 1971). Stando così le cose, uno dei più forti appigli per intendere *themistes* in Hom. *Il.* 9.156 come tributo, mi pare cadere, né il contesto, del resto, mi sembra tale da poter escludere l'interpretazione del vocabolo come significativo di pronunce regie 'manifestazione di *themis*': Agamennone, infatti, proclama di essere disposto non solo a restituire ad Achille il bottino sottrattogli (Briseide), ma anche pronto a pagare una *poinë* altissima, comprensiva di una delle sue figlie da prendere in moglie (Khrysothemis, Laodike, Iphianassa), e di sette città ove l'eroe acheo sarà onorato come un dio, e avrà le insegne del potere regio, ossia lo scettro (sulla cui simbologia vd. L. GERNET, *Antropologia della Grecia antica*, trad. it., Milano, 1984, 39, nt. 163, 104, 199) e le *themistes* che vengono definite come *liparai*, cioè 'pingui' (allo stesso modo in cui Esiodo qualifica la dea Themis in *theog.* 901) e che i sudditi eseguiranno (*teloeusi*).

⁷⁰² Avendo qui riguardo ai soli casi attestati nell'*epos* omerico, pare a me agilmente sostenibile - contro una diffusa opinione che limita la *dike* delle origini a 'procedura' ovvero a 'ordine oggettivo consuetudinario': cfr., per tutti, E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 168, 223 - che una volta esclusi i pochi incontrovertibili casi in cui è impossibile negare l'asserita accezione processuale del nostro sostantivo (Hom. *Od.* 9.215, 19.111), e una volta individuati i passi in cui pare emergere già *dike* come 'principio' (Hom. *Il.* 16.388; *Od.* 14.82-84; e forse anche in Hom. *Il.* 16.541-542) - il vocabolo in parola compare, se non mi inganno, soprattutto, in una ampia gamma di sfumature, quale 'situazione soggettiva' (sia di vantaggio che di svantaggio), sicché ad essere preponderante - con riguardo, *in primis*, ad Odissea, atteso che in Iliade

primo per indicare il diritto di matrice non consuetudinaria⁷¹⁹: sostantivo sconosciuto in Omero⁷²⁰, *nomos* in Esiodo indica un 'ordine divino' - anzi presso gli orfici addirittura un dio⁷²¹ - il cui rispetto permette di distinguere l'uomo dalla bestia⁷²², sia nelle attività laiche (come per la agricoltura)⁷²³, sia in quelle religiose (come per i sacrifici agli dei)⁷²⁴, e solo in epoca classica, da una originaria intraducibilità (atteso che «termini come 'consuetudine e usanza' sono, rispetto a *nomos*, meno consapevoli e più meccanici», mentre «legge e ordine legale sono troppo rigidi»)⁷²⁵, passa ad individuare con precisione, ferma restando la fluidità delle

le risultanze sono esigue rispetto all'uso di *themis* - è un senso siffatto che la distingue, appunto, da *themis*, quale ordine in senso oggettivo. Si può concludere che in Omero, in realtà, *dike* e *Themis* né sono sinonimi né, tra i due concetti, si rinviene una antitesi concernente o la fonte o i destinatari. Quanto a *dike*, infatti, quale 'spettanza processualmente avanzata' (pretesa giudiziale), essa anzitutto si ritrova (stando ad una lettura ben consolidata, e che mi pare persuasiva, della scena giudiziale dello scudo d'Achille: E. CANTARELLA, *Dispute Settlement in Homer. Once again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges P. Dimakis*, Athens, 2002, 147 ss.; R.J. BONNER - G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, I, Chicago, 1930, 39 ss.; H.J. LIPSIUS, *Der Gerichtsszene der Ilias*, in *Leipziger Studien zur klassischen Philologie*, XII, 1890, 225 ss.; M. LAURENCE, *Judges and Litigants*, cit., 128 ss.; G.F. SCHÖMANN, *Antiquitates iuris publici Graecorum*, London, 1838, 72 s.) in *Il.* 18.506-508, ove si affermerebbe l'attribuzione dei due celebri talenti a chi, dei due contendenti, avesse prospettato (*eipoi*) nel modo più retto, ossia più fondato (*ithyntata*), le proprie ragioni (*diken*); ma, ad onor del vero, anche a voler interpretare il *diken eipein* della scena dello scudo come *ius dicere* e non come *causam dicere*, ossia come 'decidere' e non come 'patrocinare' (cfr., paradigmaticamente, R. KÖSTLER, *Die Gerichtsszene auf dem Achilleuss*, in *Hömerische Rechte*, Wien, 1950, 74; M. TALAMANCA, *Dikazein e krinein nelle testimonianze greche più antiche*, in *Symposion 1974*, 1979, 105), possono essere fatte proprie le considerazioni del Wolff secondo cui se è vero che i due talenti vanno a chi 'dà un giudizio', altrettanto vero è che *diken eipein*, quale sinonimo di *dikazein* (giudicare), deve essere inteso come 'to say what is right' ossia, in buona sostanza, 'affermare il diritto della parte' (H.J. WOLFF, *The Origin of Judicial Litigation among the Greeks*, in *Traditio*, V, 1946, 40). In secondo luogo va menzionato *Od.* 11.569-571, ove i morti si rivolgono all'*anax* Minosse e 'affermano ciò che loro spetta' (*diken eironto*: E. CANTARELLA, *Lo scudo di Achille*, cit., 260; H.J. LIPSIUS, *Der Gerichtsszene der Ilias*, cit., 229 s.; J. THONISSEN, *Le droit pénal de la république athenienne, précédé d'un étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire*, Bruxelles - Paris, 1875, 28, nt. 3; D.L. DÖDERLEIN, *Homeri Ilias*, Leipzig - London, 1863, 167); 'personale versione dei fatti' sembra il significato di *dike* quale emerge nel contesto della celebre contesa tra Apollo ed Ermete in *Hom. hymn.* 3.312 (da datare al sesto secolo a.C.: R. JANKO, *Homer Hesiod and the Hymns: Diachronic Development in Epic Diction*, Cambridge, 1982, 140 ss.); 'pretesa da soddisfare' - seppur non in connessioni a scene processuali - è in *Il.* 19.180 e nella sfumatura di 'ragione di parte' si rinviene in *Il.* 23.541-542 (ove Antiloco, una volta alzatosi in piedi, contrappone ad Achille la 'propria ragione', onde ottenere il secondo premio che il Pelide invece voleva attribuire ad Eumelo); con

sue molteplici sfumature⁷²⁶, il mezzo istituzionalizzato dalla *polis* al fine – almeno *in hypothesis*, se non in pratica⁷²⁷ – di regolare tutti quanti i rapporti interpersonali, nell'orizzonte della *politikè koinonia*: tuttavia, nonostante lo slittamento semantico che durante la seconda metà del quinto secolo aveva condotto il *nomos* dalla sfera intrinsecamente fluida della consuetudine a quella stabile della scrittura, era convinzione ancora invincibile che essa dovesse 'riposare' su un fondo imprescindibile di 'giustizia', su un *quid* cioè che non era necessariamente definibile o definito – sempre e comunque – da norme positive, ma che esisteva, comunque, a prescindere dal diritto *in civitate positum* (rivelazione

'prerogativa' può tradursi in *Od.* 4.690-691 e in *Od.* 19.40-45; con 'obbligo' in *Od.* 18.275; con 'status' in *Od.* 14.59-60 e 24.253-255; 'spettanza' si ritrova in *Od.* 19.167-170; 'sorte' è in *Od.* 11.216-221. In Omero, per concludere, non è affatto il significato processuale di *dike* a prevalere: esso vocabolo, *in primis*, indica (secondo una prospettiva soggettiva) 'ciò che spetta', mentre *themis* è un ordine oggettivo divino-naturale (o, meglio, teo-fisico) di cui le *themistes* sono, per l'appunto, umane manifestazioni 'oracolari' ('disposizioni', cioè, materialmente umane, ma in teoria e sostanzialmente di natura divina: da intendere sempre in senso oggettivo: cfr. *Hom. Il.* 2.205-206; *Od.* 11.569-571; *Hom. hymn.* 3.253); esse pertanto talora sarebbero piegate dai re a interessi particolari e non conformi a *themis* (cfr. *Hom. Il.* 16.384-388; *Hesiod. op.* 9). Sulla base di queste notazioni si può argomentare circa il sostantivo omerico '*dikaspolos*' e il miceneo '*te-mi-to-qa-ro*' (su cui cfr., in senso parzialmente diverso da quello qui proposto, E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., 248 ss.). Il primo sostantivo, anzitutto, si rinviene al plurale come apposizione dei 'figli degli Achei' che conservano le *themistes* divine (*Hom. Il.* 1.234-239): che si tratti – nonostante l'uso del plurale – di un caso di amministrazione della giustizia da parte di un giudice unico (e non di un collegio di *gerontes*) e che il modello di giudice sia quello del *wa-na-ka* miceneo, mi pare lecito trarre *in primis* dal riferimento alla conservazione delle *themistes pros Dios* (al pari di *Hom. Il.* 2.203-206 e *Od.* 11.568-571 ove Zeus e le *themistes* sono sempre legate al giudice unico), come il re di Micene distribuisce giustizia (come si può argomentare da PY An 218 verso) in nome di *Di-wo* (in perfetta sintonia con le tesi che riconnettono il *wa-na-ka* alla sfera del sacro: L.R. PALMER, *Mycenaean Greek Texts from Pylos*, in *TPhS*, IX, 1954, 365; *Id.*, *The Interpretation of Mycenaean Greek Texts*, Oxford, 1998, 20; J. PUHVEL, *Helladic Kingship*, in *Minoica*, Berlin, 1958, 327 ss.; P. WALCOT, *The Divinity of the Mycenaean King*, in *SMEA*, II, 1967, 53 ss.; A. MORESCHINI QUATTORDIO, *Tradizione micenea e tradizione anatolica nel lessico omerico*, in *Saggi e Studi Linguistici*, XII, 1972, 231; G. PUGLIESE CARRATELLI, *Aspetti e problemi della monarchia micenea*, in *PP*, XIV, 1959, 406 ss.); di poi, lo stesso sostantivo *dikaspolos*, che non farebbe affatto riferimento a un modello giurisdizionale 'più laico' e 'più recente' rispetto alla giustizia di ispirazione divina micenea, in realtà potrebbe essere preso come analogo a *ti-mi-to-qa-ro* nel senso che segue: la voce micenea, che trova una corrispondenza in *Hom. hymn.* 2.103 (*themistopolos*), indicherebbe l'applicazione da parte del sovrano delle *themistes* (ossia farebbe riferimento alla attività di reperimento o invenzione *pros Dios* della disposizione da applicare al caso concreto), mentre l'omerico *dikaspolos* indicherebbe la attività giudiziaria con cui i re achei (Agamennone, Menelao) quali sovrani micenei danno seguito,

più creazione *ex novo*) prodotto dall'intimo sostrato della coscienza del mondo dei Greci. E tale convinzione permaneva a prescindere dalla ulteriore persuasione, storicamente e politicamente giustificabile, che un nesso invincibile legasse - in antitesi al defunto modello oligarchico incarnato nel pur breve regime tirannico dei Trenta - la scrittura delle leggi (*nomoi gegrammenoi*)⁷²⁸ e il popolo intero (*demos, plethos*), e non ristrette élites (*oligoi*)⁷²⁹, all'insegna di un 'potere effettivo' (*kratos*), che tanto il mito quanto la fisica presocartica riconnettevano ai principi cosmogonici⁷³⁰: superando la dicotomia weberiana tra 'Herrschaft' e 'Macht' (che si iscrive nel quadro della tradizionale dialettica

applicando *themistes*, alle ragioni di parte (*dikai* in senso soggettivo). Similmente potrebbe argomentarsi da Hom. *Od.* 11.185-187 e *Od.* 12.122, per riferire il passo ancora una volta all'età micenea: Telemaco viene detto, appunto, nel primo dei due passi da ultimi citati *dikaspolos* e amministratore di *temenea*, mentre nel secondo si descrive un *aner* che torna dall'*agorà* dopo aver giudicato; sicché se *dikaspolos* non indica il giudice di una giustizia laica, ma è appellativo omerico per indicare chi amministra la giustizia di età micenea, si potrebbe pensare ad una descrizione di Telemaco né come *basileus* omerico (cfr., in questo senso, la più recente presa di posizione sul punto di E. CANTARELLA, *Modelli giurisdizionali omerici*, cit., 5), né come *anax* miceneo (cfr., in questo senso, l'originaria interpretazione di E. CANTARELLA, *Meccanismi decisionali e processo nei poemi omerici*, in *Symposion 1974, 1979*, 81 s.), bensì come *ra-wa-ke-ta* miceneo (PY An 724.7), che è verisimilmente capo-conduttore dell'esercito (come si potrebbe ricavare dall'etimo: *ra-wo a-ke-ta*), e pertanto in rapporto con l'*agora* (che indica l'assemblea dei soldati), nonché unico soggetto, oltre al *wana-ka*, ad essere dotato di un *te-me-no* (PY Er 312), il che - anche a non voler vedere nel *te-me-no* un segno della divinità regale - renderebbe plausibile la tesi che vuole nel *ra-wa-ke-ta* un principe ereditario coreggente: cfr., in termini generali, C. MILANI, *Note sulla regalità micenea*, in E. LUPPINO MANES (ed.), *Storiografia e regalità*, cit., 1 ss.; nonché, quanto alla tesi qui proposta, P. CARLIER, *La Royauté en Grèce*, cit., 110.

⁷⁰³ Così, condivisibilmente, sostiene A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma, 2005, 34.

⁷⁰⁴ Entro questa linea di pensiero, in buona sostanza, a mio credere si è inteso semplificare eccessivamente per non dire banalizzare il rapporto intercorrente tra *dike* e *themis*, sostenendosi appunto che «non emerge una differenza di significato tra le due forme», in quanto paiono riferirsi ... a comportamenti consueti e conosciuti, o anche più in generale alla realtà delle cose, senza alcun riferimento alla sfera dell'azione, umana o divina che sia», seppure in un prius non documentato sarebbe incorsa una distinzione poi eliminata «facendo coincidere il contenuto del principio divino con la traduzione dello stesso nella realtà umana» (M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine*, cit., 191). Va rilevato che, in questo senso, prima ancora della Mittica, s'erano espressi - seppur con rigurado esplicito al mondo esiodeo e non a quello omerico - sia C.P. ROTH, *Kings and Muses in Hesiod's Theogony*, in *TAPhA*, CVI, 1976, 333; sia U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *Hesiodos Erga*, cit., 218 ss. Infine, v'è chi ha preferito - ad onor del vero argomentando in modo non sempre lineare e perfettamente coerente - intendere l'antitesi in questione non solo nel senso di una improponibilità per il mondo omerico della questione «se ciò che è giusto o sacro

aristotelica tra potere 'corretto' e potere 'corrotto'⁷³¹), e il pessimismo della 'Begriffsgeschichte' di Meier secondo cui il mondo greco non conosceva alcuna idea di potere⁷³², quest'ultimo vocabolo, *kratos*, è ontologicamente altro rispetto ad *archè* - i cui composti nominali (monarchia, oligarchia, anarchia) sono denotativi anzitutto del numero di soggetti che detengono gli 'uffici' della *polis*, rispetto ad altri potenziali «power-holders in the state»⁷³³ in concreto esclusi - in quanto, sulla base dei suoi composti (democrazia, timocrazia, isocrazia): esso, infatti, va inteso, in connessione con *demo-*, come il potere costituzionale,

sia tale perché piace agli dei, o invece, piaccia agli dei perché è giusto e sacro», ma anche nel senso di una sostanziale 'interscambiabilità' dei due termini valutati come incapaci, per vero, «di distinguersi chiaramente tra loro», per poi concludere sia che «nel mondo omerico è anche *dike*, ossia giustizia morale e legale, tutto ciò che è *themis*: ossia la giustizia morale e legale rispetta quella superiore immutabile giustizia che assegna a ogni cosa un destino», sia che, per converso «è *themis* ... che le volontà dei mortali e le forze di natura debbano conformarsi a norme di giustizia» (N. BOSCO, *Themis e Dike*, cit., 134).

⁷⁰⁵ M. GAGARIN, *Dike in the Works and Days*, cit., 81, 83. Si tratta, invero, di una scuola di pensiero alquanto diffusa: Lo Schiavo, ad esempio, dopo aver - a mio giudizio correttamente - sottolineato come in Omero «la distinzione della funzione normativa da quella giudicante neppure è percepita», continua sostenendo che le *themistes* alludono per lo più a norme di costume considerate sacre, mentre le *dikai* denotano più spesso concreti atti di giustizia o procedure legali», sebbene l'autore, inoltre, non esiti a sostenere che quest'ultimo termine «nei poemi indica costumi consolidati o regole di condotta, al pari di quanto ha rivelato l'impiego di *themis* o di *themistes*» (A. LO SCHIAVO, *Themis*, cit., 31 s.): insomma, per lo Schiavo, in Omero *dike* o è il processo o è la norma consuetudinaria. Havelock, poi, da un esame delle testimonianze dei poemi conclude che «la giustizia dell'Iliade è una procedura, non un principio o una qualsiasi serie di principi» ed essa «viene realizzata tramite un processo di negoziazione di carattere retorico tra le parti contendenti», mentre in Odissea «i vari esempi di *dike* non sono regole personali, ma procedimenti generali e modi di comportarsi che sono comunemente accettati e pretesi» sicché «*dike* indica il codice seguito» (E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 168, 223; in termini analoghi cfr., altresì, F. PENTA, *Il concetto di dike in Omero ed Esiodo*, in *Apollinaris*, LXXII, 2000, 679): anche qui il campo semantico è ridotto a quello del processo e a quello di un particolare ordine oggettivo. Altra scuola di pensiero ha sostenuto (ancora più genericamente) che «avant de prendre le sens de justice et de devenir le princip organisateur de la société ... *dike* a appartenu au vocabulaire judiciaire», ossia che essa avrebbe riguardato «techniques permettant de régler pacifiquement les différends entre individus au entre groups» (E. LEVY, *Dike chez Homer: entre privé et public*, in *Ktema*, XXIII, 1998, 71). Ma come si è messo in rilievo più sopra sarebbe antistorico affermare come prevalente la valenza processuale di *dike* in Omero: nei poemi compare, infatti, sia la *dike* principio, sia la *dike* processo (o sentenza), sia la *dike* situazione soggettiva.

⁷⁰⁶ Si tratta, *in primis*, di quella scuola di pensiero che ha postulato una antitesi tra *dike* a *themis* sotto il profilo della diversità dei destinatari delle

secondo i *nomoi*, di esercitare tutte le funzioni politiche⁷³⁴, condiviso da tutti i maschi adulti 'tout court' (*athenaioi*), unitario sia soggettivamente - in quanto le singole parti, i *politai*, si confondono nel tutto del *demos* - che oggettivamente - in quanto comprensivo del giudiziario (*dikzein* o *krinein* o *psephizein katà nomous*⁷³⁵, del legislativo (*nomous titheinai*), dell'esecutivo (*arkhein*) - piuttosto che, in una logica 'relativistica' di frazionamento matematico del potere politico e di descrizione in termini numerici della preminenza di certuni rispetto ad altri - come potere monopolizzato dai più (in virtù del meccansimo

norme: la prima sarebbe stata, appunto, il diritto della *polis*, mentre la seconda il diritto del *gènos* (G. GLOTZ, *Histoire grecque*, I, Paris, 1925, 118; criticato persuasivamente da H. FRISCH, *Might and Right in Antiquity*, cit., 38 ss., del quale, tuttavia non convince affatto la concezione definitiva dell'antitesi tra *themis* e *dike* come una antitesi tra 'giustizia legale' e giustizia secondo convenienza). Poi v'è stato chi ha rimarcato - senza escludere, peraltro, differenze circa i destinatari - l'antitesi sotto il profilo della alterità della 'fonte', umana per *dike*, divina per *themis* (E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 363 ss.), ovvero chi ha spiegato la dialettica nel senso di una progressiva 'laicizzazione', l'un termine essendo concetto solo 'religioso' (*themis*), l'altro (*dike*), invece, di carattere 'giuridico' (C. GIOFFREDI, *Sui concetti di dike e themis in Omero*, in *BIDR*, LXV, 1962, 69 ss.: contributo che, a parte alcune generalizzazioni e 'anacronismi' come quelli testé riportati, che appunto partono indebitamente da una netta distinzione tra 'diritto' e 'religione' è, sotto numerosi aspetti, comunque illuminante).

⁷⁰⁷ A. LO SCHIAVO, *Themis*, cit., 31 s.

⁷⁰⁸ Così H. USENER, *Götternamen*, Frankfurt a.M., 1948, 181; cfr., altresì L. WENIGER, voce *Themis*, in *Ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie*, V, Berlin, 1884, 577, che parla di «Satzungen setzende Gotterin»; sulla figura di Themis come divinità 'ai margini del pantheon' o mera personificazione (divinizzata) di un concetto o - anche - come vanescente astrazione, una dottrina oramai superata si era espressa in questi termini (M.P. NILSSON, *Geschichte der griechischen Religion*, I, München, 159; H. FRISK, *Die Stammbildung von Themis*, in *Eranos*, XLVIII, 1950, 5; H. VOS, *Themis*, cit., 39 ss.): per la confutazione

⁷⁰⁹ Così, M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine*, cit., 190; inoltre, atteso che il valore di *dike* in Omero non è solo quello di procedura, ma anche quello di principio di giustizia e di situazione soggettiva, e che in assenza di basi testuali sarebbe anacronistico parlare di *nomoi* per la civiltà consacrata nei poemi, pare poco persuasiva anche la ricostruzione di Così secondo cui «*dikai* ... erano le 'decisioni', aventi anch'esse stato divino e fondamento sacrale, le procedure con cui si proteggevano e si applicavano le formule di Themis atte a conservare o ripristinare i *nomoi*» (G. Così, *Il sacro e il giusto. Itinerari di archetipologia giuridica*, Milano, 1990, 54). Non sono persuaso della bontà della tesi di Havelock che ora banalizza le *themistes* a 'massime della giurisprudenza', ossia a «collezioni di regole legali», ora null'altro fa se non procedere per affermazioni generiche e solamente allusive che riducono, appunto, *dike* e *dikai* a «procedure messe in atto, con una certa flessibilità, in determinate occasioni che richiedevano una 'direzione', ma anche la capacità di citare a memoria le

operativo di maggioranza)⁷³⁶. Un potere questo che appariva diretto a conseguire, concretando pienamente il principio clistenico (*ante litteram* pre-democratico) di uguaglianza politica in senso formale dinanzi (e per mezzo di) *nomoi* scritti, un soggettivo *ison* delle *dikai* di tutti i cittadini⁷³⁷, con la conseguente santificazione, già cantata 'anacronisticamente' dal Teseo di Euripide (che, mitico fondatore di Atene, mi pare il tragediografo voglia indentificare con il Clistene della reazione isonomica post-pisistratide)⁷³⁸ e difesa contro l'opinione dello scita Anacarsi dal Solone di Plutarco (storico fondatore, nel contesto di una forma ancora «oligarchico-

massime appropriate», in realtà senza connotare i definendo (E.A. HAVELock, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 429, nt. 6).

⁷¹⁰ Cfr., paradigmaticamente, Arist. *polit.* 1287 b; Aesch. 3.199; Antiph. 5.7, 5.87; Isae. 2.47, 4.31, 6.65, 8.46, 9.35, 11.18, 11.35; Lys. 9.19, 14.22, 14.42, 14.46; Dem. 43.34, 42.52, 43.60, 43.84; 46.28. Del resto come Carey ha ben messo in luce, gli stessi oratori non considerano 'Law' e 'Justice' come 'standards' differenti, ma tendono a usare i due termini come sinonimi (C. CAREY, 'Nomos' in *Attic Rhetoric and Oratory*, in *JHS*, CXVI, 1996, 41). Donde risulta, a mio avviso, esclusa la funzione della cd. *gnome dikaiotote* (di cui al celebre giuramento elastico), come ipotizzata in *primis* dal Paoli, di risolvere eventuali dissidi tra legge ed equità (U.E. PAOLI, *Legge e giurisdizione*, in *Id.*, *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, 34 ss.): come scriveva il Talamanca la clausola del *horkos heliastikos* circa la 'miglior opinione' dei *dikastai* meglio si interpreta (anzitutto, se non in via esclusiva) come «norma di chiusura della disciplina delle fonti normative», tesa a stabilire «nell'equità la regola da applicare al caso concreto», unicamente in carenza di *nomoi* e *psephismata* (M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, cit., 48 s.). Cfr., infine, il provocatorio *incipit* in M. GAGARIN, *Recensione a R. SEALEY, The Justice of the Greeks*, in *CPh*, XCI, 1996, 276 ss.

⁷¹¹ Ma vd. Arist. *rhet.* 1374 a, 1375 a; *Eth. Nich.* 1137 b.

⁷¹² Vd. Andoc. 1.85-87. Sul punto cfr. J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco. Dalle origini ad Aristotele*, trad. it., Milano, 2005, 186 ss.; M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 183 ss.

⁷¹³ Cfr., paradigmaticamente, per un uso siffatto, Herod. 3.38 sul presunto relativismo dei *nomoi* (nel senso di costumi: ossia a prescindere da qualsivoglia connotazione di scrittura e democrazia) a seconda del popolo, in una con le notazioni di M. GIRARDAU, *Les notions juridiques et sociales chez Hérodote: études sur le vocabulaire*, Paris, 1984, 122 ss. e, soprattutto, di S. HUMPHREYS, *Law, custom, culture in Herodotus*, in *Arethusa*, XX, 1987, 210 ss. (che - per esplicito richiamo erodoteo - connette il passo delle Storie al celeberrimo fr. 169 di Pindaro). Sul punto, paiono assai congetturali e scarsamente persuasive le idee di Shipp secondo cui già a far tempo dall'ottavo (o, al più tardi, settimo) secolo a.C., il *nomos* (la cui etimologia lo connetterebbe all'atto di 'dividere le terre': anzi, il termine in questione, in quanto slegato da concezioni del diritto ormai desuete, sarebbe nato proprio in ambiente coloniale, impiegato per la prima volta, nel senso poi prevalente del quarto secolo, per indicare pur in assenza dell'elemento demico, la legislazione di Zaleuco e Caronda legislazione cosciente che non era più possibile designare con) sarebbe stato legato indissolubilmente alla scrittura (cfr. G.P. SHIPP, *Nomos, Law*, Sydney 1978, *passim*). La tesi di Shipp, perverso, non tiene conto del fatto che la legislazione solonica e dracontina (ben

moderata»⁷³⁹, della *eunomia* ateniese)⁷⁴⁰, della «close identification of written law with democracy»⁷⁴¹.

La *eu-nomia* e la *iso-nomia*, nella loro consequenzialità cronologica (e ferme restando, ovviamente, le opposizioni concettuali, anche endogene, oltre che esogene, nonché di carattere geografico)⁷⁴², nella loro diversità ordinamentale, si impongono, durante il sesto secolo a.C. (anzi segnandone, come pietre di confine, l'inizio e la fine), quali prodromi storici degli aspetti fondamentali, in tema di applicazione e di creazione del diritto, di quell'ideologia radicale in virtù della quale – stando alla celeberrima equazione aristotelica che mette in luce, criticamente,

pìù vicina quanto a modalità di produzione a quella della Magna Graecia) erano definite (ancora) in termini di *thesmoi* (cfr. Plut. *Sol.* 3.5; Dem. 43.57; IG I³, 104.20) e che la connessione tra il sostantivo *nomos* e il verbo *nemein* potrebbero essere anche all'insegna della 'spartizione sacrificale' (come si ricaverebbe dal frammento, esiodeo, in cui troviamo il pìù antico e certo riferimento a *nomos*: Hesiod. 322 MW). Quanto alla testimonianza pìù antica in cui parrebbe (il condizionale è sempre d'obbligo) comparire *nomos* nel senso di 'legge scritta' è – amio avviso – IG IV, 1607 (legge sacra di Cleone della metà, circa, del sesto secolo a.C.), ove non si considera *parà nomon* l'uccisione di un uomo maledetto; e non, come vuole S. HUMPHREYS, *Law, custome, culture in Herodotus*, cit., 217, invece, l'iscrizione alicarnassense (460-455 a.C.) di cui a ML 32 (laddove quella pìù antica ateniese è la epigrafe, del 418-417 a.C., concernente il *temenos* di Neleo, Basile e Codro: IG I³, 84.25). Il senso pìù antico ('ordine tradizionale') di cui *nomos* è foriero (seppur non quello etimologicamente primario di 'distribuzione') si rinviene pure nell'uso epico di *eunomie* (cfr. Hom. *Od.* 18.487) e di *anomia* (Hesiod. *theog.* 307): vd., in tema, F. HEINIMANN, *Nomos und Physis: Herkunft und Bedeutung einer Antithese im Griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Basel, 1945, 64.

⁷¹⁴ Indaga con penetranti osservazioni sul rapporto intercorrente, già a far tempo dall'altoarcaicità del mondo Greco, tra diritto e scrittura, da ultimo, il Gagarin (M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 110 ss.): non a caso – come pìù volte gli osserva – i vocaboli per la scrittura (*graphos*, *grathmata*, *graphea*) vengono impiegati 'per antonomasia' onde indicare il testo di legge (o meglio la disposizione normativa consacrata nel suo supporto materiale) in numerose città della Grecia ancora del periodo alto-arcaico del sesto secolo a.C. (Elis, Argos, Eleuterna: IvO 3, 7, 9; IG IV 506; Icret 2.12.13), laddove *rhatra* indicherebbe pìù il contenuto della disposizione in sé considerata (cfr. IvO 9; Nomima 1.52; ML 17), gettandosi così le basi per quel indissolubile conubio, proprio del quarto secolo ateniese, di cui dice nel testo. Particolarmente interessante, in proposito, è – quale testimonianza dell'antico legame tra diritto e scrittura in Grecia – la placca bronzea di cui a IvO 7 (VI sec. a.C.) ove sono giustapposte sia norme applicabili solo al santuario di Zeus Olimpico (A), sia norme generali (B, C) che stabiliscono, da un lato, la invalidità della *dike* pronunciata contro il *graphos* e la validità della *rhatra damosia dikadosa*, dall'altro indicano quale *iter* per modificare e integrare i *graphea* già esistenti il concorso del consiglio dei cinquecento e del *damos* in assemblea plenaria, con triplice votazione.

⁷¹⁵ Così M. OSTWALD, *'Nomos' and the beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, 9, 20, 54 ss., il quale (generalmente scettico, nella sua indagine, sull'impiego dell'etimologia per individuare il significato centrale di

il dato più appariscente della *politeia* ateniese – il *demos*, in tutti i suoi membri, in quanto *kyrios* dello *psephos*, è anche *kyrios* della *polis*⁷⁴³: e tale equazione è connessa da Aristotele alla notizia secondo cui, tra le riforme processualistiche di Solone, sarebbe da annoverare l'istituto, invero alquanto controverso⁷⁴⁴ (a differenza, di contro, del pacifico '*graphesthai*' da parte di '*ho boulomenos*'⁷⁴⁵) della *epheisis*, in virtù del quale il potere decisorio delle *arkhai* veniva subordinato definitivamente al potere (*kratos*) del *demos*, dinanzi alla cui assemblea (*heliaia*, ma chiamata da Aristotele già *dikasterion*)⁷⁴⁶, su richiesta di parte, aveva luogo piuttosto che «the

un vocabolo, come è S. HUMPHREYS, *Law, custome, culture in Herodotus*, cit., 214, secondo cui *nomos* è appunto «a term for established custom which accordig to context may swing towards our concept of law or towards that of culture», ritiene – ma su basi assai poco solide – l'epoca dell'isonomia clistenica (su cui cfr. B. BORECKY, *Die politische Isonomie*, in *Eirene*, IX, 1971, 5 ss.) il momento di trapasso da *nomos*-costume al *nomos*-legge, ossia sul finire del sesto secolo (507-506 a.C.); cfr., ancora, sulla terminologia greca in tema di 'legge' e 'diritto', con posizioni analoghe a quelle di Ostwald (cui si deve non la prima, ma la più compiuta argomentazione, della tesi del passaggio semantico testé indicato), F. HEINIMANN, *Nomos und Physis*, cit., 72; J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit., 18 ss.; F. GSCHNITZER, *Zur Terminologie von Gesetz und Recht im frühen Griechisch*, in *Symposion 1995, 1997*, 3 ss.; A. DIHLE, *Der Begriff des Nomos in der griechischen Philosophie*, in O. BEHRENDIS - W. SELLERT (ed.), *Nomos und Gesetz: Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen, 1995, 117 ss.; F. QUASS, *Nomos und Psephisma. Untersuchungen zum griechischen Staatsrecht*, München, 1971, *passim* (che pensa essere *psephisma* il vocabolo più antico per indicare la legge scritta popolare). Cfr., inoltre, V. EHERNBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum*, cit., *passim*, il quale precede sostanzialmente le conclusioni di Ostwald, ritenendo addirittura che prima della fine del sesto secolo *nomos* mai avrebbe avuto il senso di 'diritto positivo' di tipo legislativo: il che, invero, a valore tacere tanto del riferimento ai *nomoi* in Theogn. 54 (ove pare abbastanza certo il senso di diritto oggettivo 'tout court'), tanto dell'incerto fr. 36 di Solone (West), è escluso sia, epigraficamente, dalla legge sacra di Cleone di cui a IG IV 1607, anteriore alla metà del sesto secolo, sia logicamente, giacché, una volta assodato che *nomos* «always had the sense of 'traditional' standards», allora, «since as soon as written law was introduced, the general sense of *dike* would include the observance of writte, along that of unwritten, law, and *nomos*, as the rule whose observance constitutes *dike*, would be correspondingly enlarged» (G. VLASTOS, *Isonomia*, in *AJPh*, LXXIV, 1953, 349, nt 40). Per un utile sguardo alle questioni di etimo, imprescindibile è E. LAROCHE, *Histoire de la racin NEM- en grec ancien*, Paris, 1949, 163 ss.

⁷¹⁶ M. OSTWALD, '*Nomos*' and the beginnings of the Athenian Democracy, cit., 44: «*nomos* might or might not refer to written legislation; in other words, the question of writing is immaterial to the definition of a political *nomos*».

⁷¹⁷ S. HUMPHREYS, *Law, custome, culture in Herodotus*, cit., 214.

⁷¹⁸ Z. PAPA-KONSTANTINOY, *Lawmaking and Adjudication in Archaic Greece*, London, 2008, 133.

⁷¹⁹ R. HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes*, cit., 373 ss.; S. HUMPHREYS, *The Discourse of law in Archaic and Classical Greece*, in *Law and History Review*, VI,

transferral of a case from the authority of a magistrate»⁷⁴⁷ (assai poco probabile, attesa la stretta interconnessione operata nella 'Costituzione degli Ateniesi' tra riforma soloniana e principio democratico), una *revisio* in cui «the popular jury not only administered justice, but also potentially overturned the decision of a state official»⁷⁴⁸. Il *kratos* del *nomos*, quale 'aspetto spirituale'⁷⁴⁹ dello strumento materiale (ossia o i *thesmoi* o la *rhetra*) delle riforme dell'ordine politico (come è, *claris verbis*, in Solone⁷⁵⁰, e, più implicitamente, sia in Licurgo⁷⁵¹ che in Clistene⁷⁵²), viene sostituito formalmente - con un radicale cambio di prospettiva che ora privilegia rimarcare l'attività del soggetto

1988, 473.

⁷²⁰ Purchè, ovviamente, non si voglia leggere in Hom. *Od.* 3 *nomon* in luogo di *noon*: contro tale lettura, per tutti, cfr. J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit.,

⁷²¹ Frr. 21 K, 64 K, 105 b K, 160 K.

⁷²² Hesiod. *Op.* 276.

⁷²³ Hesiod. *Op.* 388 ss.

⁷²⁴ Hesiod. *theog.* 416-417.

⁷²⁵ Cfr. K. KERÉNY, *Religione antica*, trad. it., Milano, 2001, 76.

⁷²⁶ Basti pensare al *nomos* quale canone fisso impiegato in componimenti musicali in connessione, anzitutto a rituali: A. GOSTOLI, *Il nomos citarodico nella cultura greca arcaica*, in R. PRETERAGOSTINI (ed.), *Tradizione e innovazione nella cultura greca da Omero all'età ellenistica*, Roma, 1993, 167 ss.

⁷²⁷ Cfr. Arist. 1354 a: sulla necessità di distinguere tra dato storico reale e prospettiva ideale nella Retorica si sofferma opportunamente A. MAFFI, 'Nomos' e mezzi di prova nella teoria aristotelica e nella prassi giudiziaria attica, in *Seminario Romanistico Gardesano. 12-21 maggio 1976*, Milano, 1976, 115 ss.

⁷²⁸ Se da un lato pare corretto ritenere che la scrittura greca (totalmente alfabetica) derivi solo mediamente da quella fenicia (invero non ancora alfabetica, ma sillabica), in quanto suo diretto modello fu l'arameo appreso tentativamente da commercianti di lingua greca (così, persuasivamente, E. ATTARDO, *Dall'Egitto al Greco: mille anni di scrittura lineare*, Padova, 2002, 29 s., 215 ss., contro la *communis opinio*, sotto il profilo doppiamente erroneo del riferimento alla cd. 'invenzione' e della diretta discendenza dal cd. alfabeto fenicio, su cui, cfr., da ultimo, J.M. HALL, *A History of the Archaic Greek World*, Malden, 2007, 56 ss.), altrettanto corretto pare affermare che essa, a differenza di quanto accadeva nell'Oriente antico (cfr., in generale, K.-J. HÖLKEKAMP, *(In)schrift und Monument. Zum Begriff des Gsetzes im archaischen und klassischen Griechenland*, in *ZPE*, CXXXII, 2000, 280 ss.; in particolare, sulla preponderanza di documenti di carattere economico per gli stadi più antichi della città di Uruk, vd. H.J. NISSEN, *The Context of the Emergence of Writing in Mesopotamia and Iran*, in J. CURTIS [ed.], *Early Mesopotamia and Iran: Contact and Conflict 3500-1600 BC.*, London, 1993, 54 ss.), dal principio della sua introduzione (ossia almeno dalla metà dell'ottavo secolo a.C., come testimonierebbero, tra l'altro, le liste degli efori spartani: cfr. L.H. JEFFREY - A.W. JOHNSTON, *The Local Scripts of Archaic Greece. A study of the origin of the Greek alphabet and its development from the 8th to the 5th centuries BC.*, Oxford, 1990, 13 ss.), essa fosse slegata da qualsivoglia ragione 'economico-commerciale' (così, giustamente, B.B. POWELL, *Writing and the Origins of Greek Literature*,

politico (*demos*) rispetto alla pregressa visuale che, invece, lasciando implicito il soggetto politico esaltava il principio ordinatore (*nomos*) – con il *kratos* del *demos*. Dalla ‘nomocrazia’ del sesto e della prima metà del quinto secolo (nella variante, prima eunomica e, poi, isonomica) si passa – definitivamente con Efialte – alla ‘democrazia’⁷⁵³ che, da un lato, priva di un vero ‘padre fondatore’ (a differenza, per Atene, di quanto vale per l’introduzione della *eunomia* e della *isonomia*), si impone non tanto quale frutto di una singola manovra di ‘ingegneria costituzionale’⁷⁵⁴, quanto quale portato di un lungo percorso, ossia di un «historical process advance by incremental change and by

Cambridge, 2002, 112 ss., sebbene assai poco persuasive siano le congetture dell’autore circa l’invenzione dell’alfabeto in connessione con la necessità di trascrivere i poemi omerici), o ‘burocratico-amministrativo’ (come, sempre rimanendo nel mondo greco, era invece per il Lineare B: cfr. T.G. PALAIMA, *Comments on Mycenaean Literacy*, in *Minos*, n.s., XX-XXII, 1987, 499 ss.), o fosse come fu per l’alto arcaismo egizio, di carattere documentale preponderantemente pseudostorico-religioso (A. ROCCATI, *Scrittura e testo nell’antico egizio*, in *Scrittura e Civiltà*, XV, 1991, 307 ss.). Anche i più recenti ritrovamenti (vd. L.H. JEFFREY - A.W. JOHNSTON, *The Local Scripts of Archaic Greece*, cit., 58 ss., 358, 430; M.K. LANGDON, *A new greek abecedarium*, in *Kadmos*, XLIV, 2005, 177 ss.) non hanno mutato il quadro testé dipinto per l’epoca immediatamente successiva alla comparsa dell’impiego di alfabeti nel mondo greco: ossia la assenza della professionalizzazione (e quindi la presenza di «individuals from a full range of social classes who learned to write themselves»: M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 41; A. SNODGRASS, *The uses of writing on early greek painted pottery*, in N. KEITH RUTTER - B.A. SPARKS [ed.], *Word and Image in Ancient Greece*, Edinburgh, 2000, 22 ss.) e la a-funzionalizzazione della scrittura in chiave pubblicistica e/o sacrale (B.B. POWELL, *Why was the greek alphabet invented? The epigraphical evidence*, in *CIAnt*, VIII, 1989, 321 ss.), con impiego esclusivamente privato (come emerge dall’utile rassegna, ovviamente non esaustiva ma paradigmatica, di vasellame, graffiti, stele etc. di E. ATTARDO, *Dall’Egizio al Greco*, cit., 252 ss.). Basterà aspettare un secolo – come ricaviamo dal materiale archeologico – perché inizi in Grecia il fenomeno della funzionalizzazione della scrittura in chiave di documentazione pubblica (nomografia), entro cui sia sono le leggi e i trattati (oltre a liste onomastiche) che costituiscono la parte preponderante dell’intero materiale in questione (L.H. JEFFREY - A.W. JOHNSTON, *The Local Scripts of Archaic Greece*, cit., 58 ss.), sia è Creta che vanta il maggior numero di iscrizioni giuridiche (su ciò, ma con scettiche conclusioni poco persuasive, contrastanti con le statistiche, vd. M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 43, che ritiene non esser certo che «the Cretans wrote more laws than the other Greeks»), come si può evince agilmente dalle recenti raccolte di epigrafia giuridica di Koerner (IGT) e di van Effenterre e Ruzé (Nomima) oltre che tenendo in debito conto altri dati, come quello dell’apprendistato cretese di Taleta e Onomacrito (Arist. pol. 1274 a) per la redazione delle leggi di Zaleuco, o della ispirazione ‘minoica’ della Rhetra di Licurgo (Arist. pol. 1269 b - 1270 a). Il fenomeno greco della nomografia epigraficamente inaccettabile corrisponde – anche sotto il profilo cronologico – ai resoconti letterari su quell’odella cd. codificazione (cfr., per un’utile rassegna, E. CANTARELLA, *Diritto greco. Appunti delle lezioni*, Milano, 1994, 38 ss.; G. CAMASSA,

sudden ruptures»⁷⁵⁵, dall'altro, forte della sua 'Werdung' piuttosto che di una 'Grundung', proclama - attraverso la voce dei suoi sostenitori⁷⁵⁶ - di sintetizzare in sé quei principi che storicamente, attraverso l'attività dei singoli legislatori, si erano opposti - ciascuno secondo proprie peculiari modalità - alla tirannide e alla *anomia*, ma non nei termini 'astratti' tradizionali di una *politeia* o di un *kosmos* valutati - a prescindere da problemi circa la monopolizzazione delle *arkhai* - in termini di conformità al *nomos*-principio, bensì in quelli 'concreti' rivoluzionari, di «capacity of a

Aux origines de la codification écrite des lois en Grèce, in *Les savoirs de l'écriture en Grèce ancienne*, Lille, 1988, 150 ss.), tanto occidentale-coloniale, quanto orientale (fenomeno da intendere in senso assai vago e non certo indicativo di quel processo che conduce alla emanazione di un 'codice' in senso moderno contraddistinto da sistematicità, ordine razionale, e soprattutto da tendenziale 'non-etero-integrabilità': critico, e sostanzialmente condivisibile, circa l'impiego del termine codificazione è l'approccio di G. THÜR, *Gesetzeskodizes im archaischen und klassischen Athen*, in *Mélanges en l'honneur P. Dimakis: Droits antiques et sociétés*, Athens, 2002, 397 ss.; inutilmente demolitorio è, invece, l'approccio di Hölkeskamp alle fonti letterarie attestanti l'attività non meramente nomografica ma 'tesmopoietica' degli antichi 'legislatori' del settimo e sesto secolo a.C.: K.-J. HÖLKESKAMP, *Written Laws in Archaic Greece*, in *PCPhS*, XXXVIII, 1992, 87 ss.; Id., *Arbitrators, Lawgivers and the 'Codification of law' in Archaic Greece*, in *Metis*, VII, 1995, 49 ss.) del settimo e del sesto secolo a.C., da parte degli «Early Greek Lawgivers» la cui attività era tesa, essenzialmente, «to stabilize life in the polis» (J.D. LEWIS, *Early Greek Lawgivers*, Cambridge, 2007, 43), attraverso una maggior certezza del diritto ottenuta attraverso delle 'consolidazioni' di disposizioni che non di rado venivano accorpate per comunanza o analogia di materia e che come si evince talora da riferimenti ad altre disposizioni o corpi normativi (cfr., ad esempio, il *tethmos* di una colonia locrese di cui a Nomima I, 44, ll. 13-14, che include il richiamo *kat ton androphonikon tethmon*) erano concepiti non come isolati atomi ma parti di un insieme unitario.

⁷²⁹ Il rapporto tra scrittura e lettura da parte della massa, sicuramente da intendere come presupponente una ampia alfabetizzazione nel corso del quinto e del quarto secolo a.C., pare più ostico per le epoche immediatamente precedenti (ossai avendosi riguardo ai secoli subito seguenti l'introduzione della scrittura): buona parte della letteratura ritiene che tra settimo e sesto secolo - una volta, cioè, che *ta grammata* vennero impiegati per documentazione pubblica, in primis, di leggi - la installazione di stele iscritte con un *tethmos*, o un *graphos*, o una *rhetra*, fosse «nämlich als Symbol und Garantie ihrer unadänderlichen und dauerhaften Geltung» (K.-J. HÖLKESKAMP, *(In)schrift und Monument*, cit., 88; cfr., altresì, G. CAMASSA, *Aux origines de la codification écrite*, cit., 151). Invero se prendiamo in considerazione, da un lato che la scrittura nasce come fenomeno di privati (anche non appartenenti ad élites) impiegato per scopi privati (soprattutto simpotici), per poi essere istituzionalizzata (circa un secolo dopo la sua introduzione) contemporaneamente ad un aumento tanto in Attica quanto a Creta delle iscrizioni private (P. PERLMAN, *Gortyn. The first hundred years*, II, in T.H. NIELSEN [ed.], *Even More Studies in the Ancient Greek Polis*,

public, consisting of all adult native males, to accomplish things of value in the public realm»⁷⁵⁷.

La *eunomia*, dunque, intesa in senso oggettivo, dall'esame delle fonti post-omeriche e post-esiodee, mi pare corretto interpretare come concetto squisitamente gius-pubblicistico teso ad indicare l'essere di un 'ordine umano' ancora aristocratico (seppur connotato, quanto alle riforme soloniane, da aspetti - per citare Aristotele - *demotikotatoi*). Tale ordine - a prescindere dai riferimenti erodotei ad età mitiche o a realtà extra-elleniche - sarebbe fondato, formalmente, per quanto riguarda la *polis* di

Stuttgart, 2002, 194 ss., contro J. WHITLEY, *Cretan Laws and Cretan Literacy*, in *AJA*, Cl, 1997, 651 ss.), pare assai improbabile seguire la *communis opinio*. Già prima del quinto secolo, dunque, la scrittura delle leggi conteneva i germi della 'democrazia' radicale ateniese: l'uomo medio era presumibilmente in grado di leggere le imponenti lettere della legge esposte in luoghi visibili ed accessibili (come presso i templi: il che, ovviamente, aumentava l'aspetto autoriale del testo), anche se verisimilmente erano i magistrati e le parti in lite a servirsene in primis (pare, almeno a me, enfatizzare eccessivamente il contesto non contenzioso della fruizione del testo di legge da parte del cittadino medio, M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 20); che, poi, necessitasse di un esperto per comprenderle è altra questione (e del doppio profilo testé detto non si avvede, invece, Z. PAPA-KONSTANTINOOU, *Written Law, Literacy and Social Conflicts in Archaic and Classical Crete*, in *AHB*, XVI, 139 ss.).

⁷³⁰ Cfr., sul punto, C.H. KAHN, *Anaximander and the Origins of the Greek Cosmology*, New - York, 1960, 80, 130 ss. *Kratos* è attribuito esiodeo di Zeus (Hes. Theog. 49, 71, 73, 465, 490, 496, 506, 837, 892, 897), talora in connessione con *Bie* (theog. 383, 403); *kratein* è caratteristica del divino sia secondo il dato tradizionale raccolto da Aristotele (metaph. 1074 b 3), sia in Senofane (Arist. *Meliss. Xeonph. Gorg.* 977 a ss.), sia (indirettamente) anche in Anassimandro che usa come endiadi sinonimica di *kratein* '*periechein*' e '*kybernan*' (Arist. *phis.* 203 b 11; Diog. Apoll. fr. 5 Zafiropulo; Corp. Hyppocrat. Diet. 1.10.21 ss.;) e che dice essere, peraltro, la terra stessa non assoggettata a nessun *kratos* (Hyppol. *conf.* 1.6); è, inoltre, verbo che denota il potere di Ananke in Talete (Diog. Laert. 1.35) e del *Nous* di Anassagora (Simpl. *phis.* 164.24 ss.).

⁷³¹ Arist. *pol.* 1279 a 18 ss.

⁷³² C. MEIER, *Macht und Herrschaft in der Antike*, in O. BRUNNER - R. KOSELLECK (ed.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1972, 3820 ss.

⁷³³ J. OBER, *The Original Meaning of Democracy*, in *Constellations*, XV.1, 2008, 5.

⁷³⁴

⁷³⁵ Cfr. A. BISCARDI, *La 'gnome dikaiotate' et l'interprétation des lois*, in *Scritti di diritto greco*, Milano, 1999, 89 ss.

⁷³⁶ Cfr. J. OBER, *Political Dissent in Democratic Athens: intellectual Critics of Popular Rule*, Princeton, 1998, passim; K. RAAFLAUB, *Democracy, Oligarchy, and the Concept of Free Citizen*, in *Late Fifth-Century Athens*, in *Political Theory*, XI, 1983, 517 ss.

⁷³⁷ Cfr., sul punto, le persuasive note di A. MELE, *Costituzioni arcaiche ed eunomia*, in S. CATALDI (ed.), *Poleis e politeiai. Esperienze politiche, tradizioni*

Sparta, sulla introduzione licurgica della grande *rhetra*⁷⁵⁸, invero forse contraddistinta *in principio* da forma solo orale sino alle integrazioni subite poco tempo dopo, con la prima guerra messenica (sotto i re Teopompo e Polidoro). Ad Atene, invece, l'ordine eunomico - emancipatosi pressoché *in toto* dalle pastoie di un pensiero teologico iscritto inesorabilmente in un quadro di monarchia mitica⁷⁵⁹ e, inoltre, modello 'politico' per le successive cosmogonie 'fisiche', come quella di Anassimandro⁷⁶⁰ - avrebbe trovato fonte nella scrittura dei *thesmoi* solonici di riforma tanto della *politeia* quanto delle branche privatistica e processuale del

letterarie, progetti costituzionali, Alessandria, 2004, 58, il quale ritiene come l'*isonomia* sia «sinonimo di diritti allargati ... di potere posto nel mezzo, accessibile a tutti», e quindi che essa sia «affermazione della parità di diritti tra i cittadini». Sulla identificazione tra *isonomia* e democrazia (giusta, anzitutto, Herod. 3.80.2-6), da intendere, come è ovvio, sostanzialmente, in quanto «that *isonomia* preceded *Demokratia* as the common name for popular government is reasonably from the Debate on Constitutions in Herodotus» (G. VLASTOS, *Isonomia*, cit., 337), cfr. D. MUSTI, '*Demokratia*'. *Origini di un'idea*, Roma - Bari, 2006, 56. Cfr., sul rapporto intercorrente tra Clistene e la 'democrazia della *isonomia*' (di cui, anzitutto, alla 'canzone di Armodio e Aristogitone' in Schol. anonim. 10, 13 Diehl II, 184, ma anche, implicitamente, di Arist. *resp. Ath.* 13.2), J.A.O. LARSEN, *Cleisthenes and the Development of the Theory of Democracy at Athens*, in *Essays G.H. Sabine*, Ithaca, 1948, 1 ss. (che intende *isonomia* nel senso - peraltro non totalmente convincente in quanto neutro, e pertanto riduttivo - di 'assenza di tirannide'); cfr., altresì, per il senso di 'parità aristocratica' (in età preclistenica), V. EHRENBURG, *Origins of Democracy*, in *Historia*, I, 1950, 515 ss.; ID., *Aspects of the Ancient World*, Oxford, 1946, 89. Isolata è l'opinione del Jacoby, secondo cui lo scolio testè citato (Diehl II, 184) dovrebbe intendersi come anticlistenico (e, quindi, anti-alcmeonide), e l'*isonomia* come termine implicante una restaurazione costituzionale di tipo pre-pisistratide (F. JACOBY, *Atthis*, Oxford, 1949, 158 ss.).

⁷³⁸ Eurip. *Suppl.* 429-434.

⁷³⁹ Così, persuasivamente, A. MELE, *Costituzioni arcaiche ed eunomia*, cit., 68; inaccettabili, invece, le brevi considerazioni della Jellamo che, pur rettamente considerando la *eunomie* (politica) solonica altro rispetto al concetto, ancora 'teologico', esiodeo di *eunomie*, senza motivare l'incongruenza storica di cui si fa portavoce, considera la *isonomia* (nel senso, anzitutto, di eguaglianza davanti alla legge) la fonte stessa cui attinge la *eunomie* (A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 70).

⁷⁴⁰ Plut. *Sol.* 5. Ovviamente - come si sottolinea in corpo di testo a mente di quanto già bene mettono in luce sia V. EHRENBURG, *Origins of Democracy*, cit., 534 s., sia G. VLASTOS, *Isonomia*, cit., 341 - per gli inizi del sesto secolo a.C., con le riforme di Solone, è *eunomia* (cfr. fr. 3 Diehl) e non *isonomia* la parola chiave: parola ancora non caratterizzata in senso pienamente 'democratico', ma coerente in un contesto ancora aristocratico (come potrebbe peraltro inferirsi dal prefisso *eu*): le riforme soloniche, infatti, «define sharply graded political privilege» e, inoltre, «restrict the magistracies to the members of the upper income classes», e benchè la formazione delle corti includa pure gli strati più bassi della popolazione, ossia i teti (Arist. *Pol.* 1274 a 3; Arist. *resp. Ath.* 7.3) e i

sistema attico⁷⁶¹, in opposizione alla grave crisi (da ricercare, quanto ad origini, non monisticamente in soli fattori di carattere economico⁷⁶²) sfociata nella drammaticità della *anomia*, quale portato della *stasis*⁷⁶³, e della *doulosyne*⁷⁶⁴ (sia per debiti⁷⁶⁵, sia di guerra⁷⁶⁶), ma anche alla *dysnomia* della corrotta amministrazione della giustizia oligarchica (che con *skoliai dikai* ricorda la 'manipolazione di *dike*'⁷⁶⁷ da parte dei corrotti re esiodei soliti a '*themistes diakrinein*' per '*dikai skoliai*')⁷⁶⁸ e alla tirannide⁷⁶⁹: l'ordine economico è, quindi, un ordine intrinsecamente conservatore che, appunto, non reagisce al sistema aristocratico in

magistrati siano tenuti a render conto dell'operato (Arist. Pol. 1274 a 17), l'antica corte aristocratica dell'Areopago continuava a svolgere un ruolo di fortissimo impatto di supervisione della costituzione e delle leggi (Arist. *resp. Ath.* 8.4).

⁷⁴¹ Cfr. R. THOMAS, *Written in stone?*, in L. FOXHALL - A.D.E. LEWIS (ed.), *Greek Law in its Political Setting: Justification not Justice*, Oxford, 1996, 19, la quale una volta rammentato che «when democracy was restored in 403, it was expressly enacted that magistrate should not apply an unwritten law», sostiene che ciò costituì «a measure against the oligarchs' unscrupulous use of unwritten law, and the final binding declaration that the democracy was run on written law only». Non pare seguibile sul punto nè la tesi di S. HUMPHREYS, *The Discourse of Law in Archaic and Classical Greece*, in *Law and History Review*, VI, 1988, 476 ss., che pensa ad una 'reazione' di tipo aristocratico, sull'esempio, ma da rapportare al fenomeno del settimo e sesto secolo a.C., di W. EDER, *The political significance of the codification of law in archaic societies: an unconventional hypothesis*, Berkeley-Los Angeles-London, 1986, 264.

⁷⁴² Sul punto, da ultimo, cfr., quanto ad *eunomia*, K.A. RAAFLAUB, *Athenian and Spartan Eunomia, or: what to do with Solon's timocracy?*, in J.H. BLOK - A.P.M. LARDINOIS, *Solon of Athens. New Historical and Philological Approaches*, Leiden - Boston, 2006, (propenso, per vero, a livellare alquanto le differenze tra il *kosmos* spartano fondato sulla Grande Rhetra e la *politeia* ateniese a seguito delle riforme mediante *thesmoi* di Solone).

⁷⁴³ Arist. *resp. Ath.* 9.1

⁷⁴⁴ Se Ruschenbusch, nella sua edizione, non include alcuna riforma soloniana in tema di *epheisis* (E. RUSCHENBUSCH, *SOLWNOS NOMOI: die Fragmente des Solonischen Gesetzwerkes*, Wiesbaden, 1958, F. 40a), Mossè, ad esempio, pensa che il tribunale popolare sia un istituto anacronistico per gli inizi del sesto secolo e che, pertanto, l'appello fosse areopagitico (C. MOSSÈ, *Comment s'élabore un mythe politique: Solon, 'père fondateur de la démocratie athénienne*, in *Annales ESC*, XXXIV, 425 ss.); dubbioso è pure Hansen che crede solonica l'istituzione dell'eliea, ma non come una sessione con funzioni giudiziarie del popolo e non esclude che tale istituto sia un'invenzione del quarto secolo (M.H. HANSEN, *The Athenian Heliiaia from Solon to Aristotle*, in *Classica et Medievalia*, XXXIII, 1982, 9 ss.). Per l'opinione seguita nel testo, cfr., da ultimo, P.J. RHODES, *The Reforms and Laws of Solon: an Optimistic View*, in J.H. BLOK - A.P.M. LARDINOIS, *Solon of Athens*, cit., 255 s.

⁷⁴⁵ Cfr., paradigmaticamente, P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford, 1981, 159 s.; R. OSBORNE, *Greece in Making 1200-479 BC*, London, 1996, 220; che poi la legittimazione attiva, nell'interesse comune, estesa a ogni cittadino ateniese fosse collegata solo a fare tempo dalla seconda

sé, ma alle patologie⁷⁷⁰ del sistema dipendenti non dai principi della *politeia*, ma dalla ‘attuazione’ di detti principi da parte degli *agathoi* (chiamati nel fr. 4, *astoi* e *hegemones demou*)⁷⁷¹ irrispettosi, con le loro codotte *adika*⁷⁷² (in quanto integranti *koros* e *hybris*⁷⁷³), dei *semnà themethla Dikes*, ossia degli ‘augusti fondamenti di Dike’⁷⁷⁴: quest’ultima non è ancora principio astratto, ma – come in Esiodo – ‘personificazione’ della misura dell’ordine politico⁷⁷⁵; Dike è la dea che, fatta tacere dall’oligarchia⁷⁷⁶, Solone – anticipando quanto sarà il contenuto dell’elegia n. 36 – dice essere comunque pronta (attraverso il *kratos* del *nomos* codificato negli stessi *thesmoi* solonici) ad *apotinein* (a punire) le violazioni

metà del quinto secolo (Xenoph. *resp. Ath.* 3,2; Antiph. 2.1.5; Aristoph. *vespae* 892) al verbo *graphein* (che non compare in Arist. *resp. Ath.* 9.1, e può essere un anacronismo in Plut. Sol 18), è altra questione che non inficia affatto la credibilità della riforma soloniana.

⁷⁴⁶ Cfr. sulla eliea solonica, quanto alle testimonianze degli oratori: Dem. 24.105; Lys. 10.16.

⁷⁴⁷ M. GAGARIN, *Legal Procedure in Solonian Law*, in J.H. BLOK - A.P.M. LARDINOIS, *Solon of Athens*, cit., 263 s.

⁷⁴⁸ Z. PAPA-KONSTANTINOY, *Lawmaking and Adjudication in Archaic Greece*, cit., 166, nt. 2.

⁷⁴⁹ Nell’Elegia che Solone scrisse a commemorazione del proprio operato (la n. 36) il *nomos* non è ancora ‘legge scritta’ ma ‘principio’ ordinatore e reggente (in quanto fonte della *eukosmia* e in quanto vincolante per tutti i cittadini) è spirito del *thesmous graphein* di Solone: per vero i primi riferimenti sufficientemente certi a *nomos* come legge scritta sono, nelle fonti letterarie, in Aesch. *Suppl.* 387-391 (anno 460) e in Aesch. *Prometh.* 149-150, 402-403 (opera di pochi anni successiva)

⁷⁵⁰ Parlo di aspetto spirituale nel senso indicato da E.M. HARRIS, *Solon and the Spirit of the Law*, in *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens*, Cambridge, 2005, 9. Cfr., a supporto di quanto sostenuto nel testo, fr. 36.15-20: seguono, ovviamente, per sostenere quanto scritto in corpo di testo, circa Arist. *resp. Ath.* 12.4 | la lettura del Papiro di Londra (F.G. KENYON, *Aristotle on the Constitution of Athens*, London, 1892, a.l.c.), e non quella del Papiro di Berlino (P.J. RHODES, *Aristotle. The Athenian Constitution*, Harmondsworth, 1984, a.l.c.).

⁷⁵¹ Così si può argomentare da Herod. 7.104.4-5, ove si eleva il *nomos* a *despotes*: anche sulla base di Dem. 35.11, può dirsi che nel vocabolario giuridico *kratein* significhi ‘dominare su qualcuno’, ‘disporre’ (tanto di fatto quanto di diritto) come, appunto, fa un *despotes*; sul rapporto tra essere *despotes* e *kratein*, cfr., seppur non in termini espliciti, J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit., 17, 60.

⁷⁵² È, come noto, secondo la tesi di Martin Ostwald, che a partire già dall’epoca clistenica il sostantivo *nomos* sarebbe stato impiegato per indicare la legge scritta (M. OSTWALD, *‘Nomos’ and the beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford, 1969, 9, 20, 54 ss.): benché il collegamento – come già si è detto – sia solo altamente ipotetico (anzi poco probabile), ciò non esclude affatto che il regime isonomico, legato indissolubilmente al nome di Clistene, al pari di quello soloniano eunomico, vedesse (seppur con un tendenziale avanzamento rispetto alle riforme degli inizi del sesto secolo) nel ‘potere effettivo’ (*kratos*), reggente la *polis* ateniese ancora aristocratica, del principio del *nomos*, a

perpetrate⁷⁷⁷, in vista della restaurazione (come sappiamo) 'eunomica' dell'*eukosmie* e della *harmonie*⁷⁷⁸ tra le 'classi' dei *kakoi* e degli *agathoi*⁷⁷⁹.

Ideologia questa che, appunto, finiva con l'identificare - attraverso una appariscente deviazione semantica - la costituzione democratica, in cui «every citizen had equal opportunity of having in turn a share in the government»⁷⁸⁰ con la paritetica soggezione dei *politai* ai *nomoi*⁷⁸¹, ossia con quel principio già solonico-eunomico che, forzando «i limiti della tradizione religiosa e morale, per collocarvi la novità del *nomos*», ossia congiungendo attraverso

prescindere dai modi con cui Clistene avesse chiamato in concreto le sue disposizioni.

⁷⁵³

⁷⁵⁴ E ciò mi pare più che evidente sia dalla lettura di Aristotele, sia dal dibattito ancora aperto circa la possibilità di individuare con precisione un vero fondatore: cfr. I. MORRIS - K.A. RAAFLAUB, *Democracy 2500? Questions and Challenges*, Dubuque, 1998, *passim*; K.A. RAAFLAUB - J. OBER - R. WALLACE, *Origins of Democracy in Ancient Greece*, Berkeley, 2006, *passim*.

⁷⁵⁵ K.A. RAAFLAUB, *Introduction*, in K.A. RAAFLAUB - J. OBER - R. WALLACE, *Origins of Democracy*, cit., 16: l'autore, del resto, non manca di sottolineare come, di poi, sia il singolo interprete a dare più o meno risalto a singoli episodi di rottura rispetto il passato.

⁷⁵⁶ Cfr., paradigmaticamente, Aeschin. 1.4-5, 2.6; Dem. 21.188.

⁷⁵⁷ J. OBER, *What the Ancient Greeks Can Tell us about Democracy*, in *ARPS*, XI, 2008, 68.

⁷⁵⁸ In Erodoto e in Tucidide, infatti, il rapporto privilegiato è tra la *eunomia* e la *polis* di Sparta (Herod. 1.65.2, 1.66; Thuc. 1.18), laddove in Her. 1.97.3 e 2.124.1 sono, rispettivamente, il regno medico e la monarchia egizia ad essere connotati in termini di *eunomie* (in opposizione alla disgregazione della autonomia). In Tirteo, che fu stratego lacedemone durante la seconda guerra messenica, in occasione della quale sappiamo respinse - con decisione conservatrice - la richiesta di redistribuzione di terre (Arist. *pol.* 1306 b 36; Strab. 8.4.10; Paus. 4.18.2-3), che compose una politeia per i Lacedemoni e scrisse in elegia un'opera (verisimilmente da identificare con la prima) chiamata Eunomia, nel fr. 2 e nel fr. 4 (West), da un lato, si esalta il ruolo dei re Eraclidi nella legittimazione per i Dori a rivendicare il Peloponneso, dall'altro, attraverso la esplicitazione di principi tratti dalla grande *rhetra*, si descrive l'interazione tra le principali istituzioni spartane (re, consiglio dei geronti, damos), ai fini dell'*iter* procedimentale per le deliberazioni politiche: l'*eunomia* del 'quasi-legislatore' Tirteo è tutta all'insegna della tradizione dorica regale e oligarchica; non vi sono spinte democratiche o propulsioni sostanzialmente 'isonomiche': invero, sul rapporto tra la 'Rhetra' di stampo oracolare di Licurgo (connesso con il regno di Carillo, argomentando sia da Plutarco che da Arist. *pol.* 1271 b, ma da collocare nella seconda metà dell'ottavo secolo, contestualmente alla presa di Amicle e con il regno di Teleclo: V.H PARKER, *Some Dates in Early Spartan History*, in *Klio*, LXXV, 1993, 45; N. HAMMOND, *Studies in Greek History*, Oxford, 1973, 47 ss.) e la successiva sua 'integrazione' filo-aristocratica di stile prosastico ('royal rider'), che sappiamo essere stata 'inscritta accanto' al testo originale in un tempo di poco successivo alla prima guerra messenica (690-670 a.C.), sotto i re

il medio 'ossimorico' del *nomou kratos*⁷⁸², la *bie* alla *dike* nella nuova dimensione omogenea della politica, proclamava la eguale, cioè imparziale, subordinazione all'ordine stabilito tanto dell'*agathos* quanto del *kakos*, l'uno e l'altro non ancora parificati 'mediante' il diritto della *polis*, ma dotati rispettivamente di una propria *time* e di un proprio *geras* secondo i canoni redistributivi nomici, principio poi assorbito in quello clistenico-isonomico (che, infatti, andava ad implementare la imparziale subordinazione ai *nomoi*, ossia la «*undeviating, impartial justice*», quale antitesi della «*crooked justice ... of the corrupt aristocracy*»⁷⁸³ con l'ulteriore

Teopompo e Polidoro (come si ricaverebbe da Plut. Lyk 6.7), cfr., anche in rapporto a quanto desumibile dal fr. 4 West di Tirteo, D. OGDEN, *Crooked Speech, the Genesis of the Spartan Rhetra*, in *JHS*, CXIV, 1994, 85 ss.; E.G. MILLENDER, *Spartan Literacy Revisited*, in *CIAnt*, XX, 2001, 127 ss.), Ciò che, invece, emerge dagli storici e dal poeta elegiaco è la *eunomia* come fondamento della *politeia* spartana (o, addirittura la *eunomia* come *politeia*); e il legame tra l'*eunomia* in Sparta e l'attività del legislatore Licurgo (attivo nel settimo secolo a.C.: vd. D.M. MACDOWELL, *Spartan Law*, Edinburgh, 1986, 3 ss.; E.G. MILLENDER, *Spartan Literacy Revisited*, cit., 127 ss.; *contra* H. VAN WEES, *Tyrtaeus Eunomia: nothing to do with the Great Rhetra*, in S. HODKINSON - C.A. POWELL, *Sparta: New Perspectives*, London, 1999, 1 ss., che collega la Grande Rhetra al sesto secolo, riesumando così le teorie che circolavano prima di N. Hammond), sino a qui, solo implicito, viene *claris verbis* confermato dallo pseudo-Senofonte (*resp. Lac.* 8.59) e da Diodoro Siculo (7.12.1) e, allusivamente, ribadito in Plutarco (Lyc. 1.8) e Simonide (fr. 628 PMG). Connotano quindi, entro schemi tipicamente oligarchici (come è, pure, per la connessione operata tra *eunomia* e rispettivamente Egina, Corinto, Opunte: Bacchyl. ep. 13.186; Pind. Ol. 9.16, 13.5, *paea.* 1.10), la *eunomia-politeia* spartana i due seguenti elementi. Da un lato, si ha la scrittura della *rhetra* di Licurgo (sul cui contenuto cfr. Plut. Lyc. 6.1-2, 7-8), molto probabilmente risalente «at the time it was enacted» (così, ora, M. GAGARIN, *Writing Greek Law*, cit., 93, nt. 2 [diversamente in *Id.*, *Early Greek Law*, Berkeley, 1986, 53 s. e nt. 9]; e sempre conformemente all'idea che questo documento sia stato redatto 'anche' in forma scritta, cfr. P. CARTLEDGE, *Agesilaos and the Crisis of Sparta*, London, 1987, 103, 111; *Id.*, *Spartan Reflections*, London, 2001, 21 ss.; E. LÉVY, *La Grande Rhétra*, in *Ktema*, II, 1977, 85 ss.; vd., ampiamente sulla oralità della *rhetra* M. NAFISSI, *La nascita del kosmos: studi sulla storia e società di Sparta*, Napoli, 1991, 72); scrittura consacrante, verisimilmente, una originaria forma orale contraddistinta da forti influenze tipiche dello stile oracolare (vd., in tema, G.L. HUXLEY, *Early Sparta*, London, 1962, 121, nt. 283; W.G.G. FORREST, *The Date of the Lykourgan Reforms at Sparta*, in *Phoenix*, XVII, 1963, 157 ss.; P. OLIVA, *Sparta and her social problems*, Prague, 1971, 71 ss.; si esprimeva contro la natura oracolare, ritenendo che Plutarco e Aristotele avessero desunto la natura oracolare solo da un frammento tirtaico, H.T. WADE-GERY, *The Spartan Rhetra: Lyc. VI A; Lyc. VI B*, in *CQ*, XXXVII-XXXVIII, 1943-1944, 62 ss., 37 ss.), che si impone come modello antitetico, sia all'oralità del diritto precedente (di cui tuttavia mantiene all'evidenza, almeno in parte, la struttura formulaica e anaforica: sul punto cfr. anche le considerazioni, peraltro contraddittorie, di L.H. JEFFREY, *The Pact of the Settlers at Cyrene*, in *Historia*, X, 1961, 145 ss., che pensa sia, in modo eccessivamente inquisitorio, ad una tarda falsificazione, sia ad una origine

dogma della sostanziale parità 'attraverso' l'ordine nomico-politico).

L'essenza del *nomos*, benché quest'ultimo in concreto fosse il prodotto finale di procedimenti inquadrabili entro gli schemi di liche istituzioni umane (ossia, con il celeberrimo decreto di Tisameno, la cd. *nomothesia*⁷⁸⁴), in altre parole, nel quinto e nel quarto secolo (già presso i presocratici e con esclusione, ovviamente, del pensiero eversivo dei sofisti⁷⁸⁵), da un lato, era concepita come un *quid* di preesistente (o, almeno, contestuale) alla nascita della stessa *polis*, nonché teoricamente suscettibile di valere in eterno⁷⁸⁶, dall'altro consacrata in un testo scritto capace di preservarla

esclusivamente scritta testimoniata dall'andamento prosaico; nonché a quelle di J. FONTENROSE, *The Delphic Oracle*, Berkeley, 1978, 271), sia alla caratteristica spartana della assenza di successive leggi scritte per esplicita disposizione licurgica, come attestata in Plutarco (*Lyk.* 13.1-4, *mor.* 227 b), e in Aristotele (*pol.* 1270 a 39 ss.), e non contraddetta dall'episodio di Megillo in Platone (*leg.* 721 e - 722 a) corroborata dai dati dell'archeologia (ma vd., seppur v'è a riguardo incertezza, IG V 1.722 e IG V 1.1155), sulla cui tendenziale affidabilità, vd. P. CARTLEDGE, *Literacy in the Spartan Oligarchy*, in *JHS*, XCVIII, 1978, 25 ss., 35; *Id.*, *Spartan Reflections*, cit., 39 ss., 49; scettico, invece, T.A. BORING, *Literacy in Ancient Sparta*, Leiden, 1979, 24 ss. 'diretta' umanità della legislazione licurgica solo ispirata da Apollo (contro la diretta divinità del diritto nelle epoche precedenti). Per una messa a punto su tali questioni, vd., da ultimi, J. VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *Codes oraux et lois écrites. La grande rhétra et les sources du droit à l'époque archaïque*, in P. SINEUX, *Le législateur et la loi dans l'Antiquité. Hommage à F. Ruzé*, Caen, 2005, 109 ss.; M. DREHER, *Die Primitivität der frühen spartanischen Verfassung*, in A. LUTHER - M. MEIER - L. THOMMEN, *Das Frühe Sparta*, München, 2006, 63 ss.; A. MAFFI, *Recht und Rechtsprechung in Sparta*, in A. LUTHER - M. MEIER - L. THOMMEN, *Das Frühe Sparta*, cit., 43 ss.

⁷⁵⁹ È questo, ad esempio, il quadro (che comporta un trapasso dal disordine primigenio all'ordine attuale, e così una dicotomia cronologica tra 'principio generatore perfetto' e 'principio reggente attuale', come si ricava da Arist. *metaph.* 1071 b 23-31; 1091 a 33 - b 15), entro cui Esiodo nella sua Teogonia concepisce Chaos come il *principium* generativo del cosmo (*theog.* 116), laddove Nyx è propria dei contesti orfici (cfr. fr. 20 F Bernabè), nonché della teogonia musaica e di Epimenide (su cui cfr. A. MELE, *Il 'corpus' epimenideo*, e L. BREGLIA PULCI, *Osservazioni sulla teogonia di Epimenide*, in E. FEDERICO - A. VISCONTI, *Epimenide cretese*, Napoli, 2001, 227 ss., 279 ss.), mentre Oceano è principio originario in Omero 8ll. 14.201, 246): si tratta di una teologia cosmogonica chiaramente mutuataria del 'principio monarchico di sovranità' sia miceneo sia orientale, in genere, benché talora Esiodo (*theog.* 116 ss.) mostri di essere tendente ad un procedimento di autonomizzazione (cfr., su tali aspetti, J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i Greci*, trad. it., Torino, 2001, ; V. VALERI, *Miti cosmogonici e ordine*, in *Parolachiave*, VII-VIII, 1995, 93 ss.). Ovviamente ciò non significa che le categorie mitiche esiodee, meglio la personificazione divina, tipicamente presocratica, di principi come quello di Eunomia e di Dike (cfr. G. VLASTOS, *Theology and Philosophy in Early Greek Thought*, in *PhQ*, II, 1952, 97 ss.) vengano abbandonate; significa, invece, che tali personificazioni (di cui non si disconosce il mito) sono inserite da Solone nel quadro concreto della *polis*, di modo che la teologia venga resa immanente all'ordine politico (cfr. J.A. ALMEIDA,

dall'arbitrio tirannico o oligarchico in nome di quel «rule of the masses»⁷⁸⁷, che Erodoto esitava - nel celebre dibattito sulle costituzioni - a chiamare direttamente 'democrazia' (preferendo il termine meno radicale *isonomia*)⁷⁸⁸, e che, invece, Eschilo, parafrasava potentemente con l'immagine della '*demou kratousa kheir*' delle Supplici⁷⁸⁹.

Agonistic society e rule of law.

Justice as an aspect of the polis idea in Solon's political thought, Leiden, 2005, 72 ss., 82 ss., 94 ss., 100 ss.).

⁷⁶⁰ Il che significa, all'evidenza, avendosi a riguardo l'*apeiron* della cosmogonia di Anassimandro, allontanamento dal principio monarchico-teologico e rifiuto della bipolarità del principio, ora generatore dell'ordine, come Nyx od Oceano, ora garante dell'ordine attuale, come Zeus (cfr., ampiamente, M.M. SASSI, *La costruzione del discorso filosofico nell'età dei Presocratici*, Pisa, 2006, 3 ss.); ma non significa - come vuole, invece, Vernant - né adesione di Anassimandro (anche cronologicamente più vicino a Solone che a Clistene: C. DAVIES, *Anaximander of Miletus*, in *History Today*, XX, 1970, 263) alla *isonomia* di 'tendenza democratica' (ma non ancora *toto caelo* democratica: cfr. C. MEIER, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, Bologna, 1988, 32 ss.) né, del resto, negazione della 'monarchia' (V. VALERI, *Miti cosmogonici e ordine*, cit., 93 ss.), sicché se, sulla base di una asserita interrelazione tra pensiero politico e pensiero cosmogonico, è lecito inferire una diretta influenza nella cosmogonia milesia dei principi politici (cosa che, invero, sotto il profilo comparatistico parrebbe da escludersi), questa è solo parziale, e non certo da considerare in termini di *isonomia*: una tale visione (quella di Vernant), infatti, sarebbe fondata su una indebita 'omologazione atopica e anacronistica' dei principi isonomici a tutto il mondo greco (*sub specie loci*), sino dalla nascita della *polis* (*sub specie temporis*), e farebbe della *isonomia*, appunto, un principio «qui aurait constitué à partir de l'époque archaïque l'aspiration de la cité grecque», sì da lasciare «dans l'ombre le grandes hétérogénéités dans le temps et dans l'espace qui caractérisent le développement différents regimes dans les diverses poleis grecques» (così M.M. SASSI, *Ordre cosmique et isonomia*, in *PhilAnt*, VII, 2007194 s.).

⁷⁶¹ Cfr., per un utilissimo ragguaglio delle innovazioni soloniche, in campo di diritto di famiglia, di diritto processuale, in materia economico-processuale e sacrale, M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 65 ss.

⁷⁶² Così, L. FOXHALL, *A View from the Top: Evaluating the Solonian Property Classes*, in L. MITCHELL - P.J. RHODES, *The Development of the Polis in the Archaic Period*, London - New York, 1997, 113 ss., supportata dai dati archeologici (di cui a H. LOHMANN, *Atene. Forschungen zur Siedlungs- und Wirtschaftsstruktur des klassischen Attika*, I-II, Köln, 1993, *passim*), contro l'*opinio*, variamente argomentata, secondo cui la crisi cui Solone dovette far fronte sarebbe stata esclusivamente una 'crisi economica' sfociata in '*stasis*'. Seguendo il pensiero di French, la crisi sarebbe stata determinata da un brusco cambio di strategie economiche: coltivazione eccessivamente intensiva, tendenza alla conservazione del grano in magazzini, sfruttamento di terra poco fertile, necessità di forniture

Alla luce di tutto ciò, e quindi nella consapevolezza delle profonde divergenze ontologiche che distinguono il *nomos* greco dalla legge, anzitutto nel senso attuale ricavabile dal contesto del nostro diritto costituzionale⁷⁹⁰, o meglio a fronte della presa d'atto della totale alterità del sistema ateniese classico tanto dal mondo romano quanto dagli attuali sistemi occidentali 'codicocentrici' (giacché contraddistinto non solo dalla avversione per qualsivoglia professionalizzazione, ma pure dal principio generale della iniziativa di parte nella attivazione della macchina processuale e dal frequente impiego della autotulela per l'esecuzione di sentenze

dall'estero, elevamento dei prezzi (A. FRENCH, *The Economic Background of Solon's Reforms*, in *CQ*, L, 1956, 11 ss.). Secondo Gallant e Morris, sempre a fronte di un fenomeno di sovrappopolamento dell'Attica ed estensione dello sfruttamento agricolo su terre prima incoltivate (verisimilmente poco fertili), la classe medio-alta di agricoltori avrebbe permesso di lavorare queste 'nuove terre' ai membri del ceto più povero (*hektemoroi*) tenuti a prestare un sesto, sino al collasso del sistema (se non, addirittura, cinque sestii: A. TESTART - A. JACOBS, *The extent and significance of debt slavery*, in *Revue française de sociologie*, XLIII, 2002, 189) dei prodotti agricoli ricavati (cfr. T.W. GALLANT, *Agricultural systems, land tenure and the reforms of Solon*, in *BSA*, LXXIV, 1982, 111 ss.; I. MORRIS, *Hard Surface*, in P. CARTLEDGE - E. COHEN - L. FOXHALL, [ed.], *Money, Labour and Land: Approaches to the Economy of Ancient Greece*, London - New York, 2002, 8 ss.). Stando ad Andrews, invece, con l'intensificarsi dei commerci marittimi, la crisi economica sarebbe scoppiata a fronte sia delle pressanti richieste dei 'patroni' nei confronti dei lavoratori delle loro terre in percentuali maggiori al consueto 17 % circa (sesta parte) sia dell'insorgenza di vendere all'estero detti lavoratori (A. ANDREWS, *The Growth of the Athenian State*, in *The Cambridge Ancient History*, III.3, Cambridge, 1982, 360 ss., sulla scorta di che riteneva che). Da una parte, pare evidente che tali teorie (anzitutto quella di Gallant e di Morris, nonché quella di Andrews) sembrano non tenere ben distinto il problema della *seisaktheia* (che interessò appunto gli *hektemoroi*) da quello della 'schiavitù per debiti' (cfr., da ultimo, sulla necessità di distinguere le due riforme, J.D. LEWIS, *Early Greek Lawgivers*, cit., 68 ss.); dall'altra, non è affatto provato storicamente il presupposto dell'asserito 'sovrappopolamento'. In realtà, nella consapevolezza della natura profondamente congetturale di ogni tesi circa le radici della crisi cui Solone fu chiamato a far fronte, si può andare ben oltre i rilievi (del tutto giustificati) della Foxhall: se da un lato, infatti, i dati archeologici paiono escludere fenomeni di sovrappopolamento ed estensione dello sfruttamento di terre meno produttive, dall'altro è perfettamente compatibile con quanto ricavato dall'opera poetica di Solone e dalle interpretazioni di Aristotele e Plutarco delle riforme del legislatore ateniese, ritenere che il fenomeno della 'schiavitù per debiti' fosse tanto sentito quanto la situazione caotica di divisione interna che aveva portato ad atti di . Vero è, infatti, che in una «peasant society», come doveva essere quella attica pre-soloniana (P. MILLETT, *Hesiod and his World*, in *PCPhS*, XXX, 1984, 84 ss.), fattori come «high mortality rates, life-cycle crises and interannual variability in crop yield» (P. MILLETT, *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, Cambridge, 1991, 36) rendevano il fenomeno dell'indebitamento una delle caratteristiche principali di tali società, di talché «it would need only a succession of bad harvest ... to push marginal cultivators into

'civili'), pare lecito sostenere che fosse vigente, come «one of the most important Greek values», il cosiddetto «rule of Law»⁷⁹¹.

Tale affermazione - seppur talora portata a estreme ed inaccettabili conseguenze, quale l'esistenza nel quinto e nel quarto secolo a.C. di una separazione di poteri (politico e giudiziario) consacrata definitivamente con la cd. codificazione del 403-402 a.C.⁷⁹² (o «scrutiny of all the laws»⁷⁹³) e quale la concezione del 'Law' come totalmente «autonomous, self-sustained, predominant», e come un modello «not shaped in societal needs»⁷⁹⁴ - è stata negata da numerosi autori di una scuola di pensiero che potrebbe dirsi 'sociologica': se taluni, come Todd, si

debt or dependance» (Id., *Lending and Borrowing in Ancient Athens*, cit., 48): di qui la nascita di figure 'paraservili' o 'clientelari' come quella degli *hektemoroi* o *pelatai* di Arist. *resp. Ath.* 2.2 (su cui M.I. FINLEY, *Economic and Society in Ancient Greece*, London, 1981, 150 ss.; M.H. HANN, *Pelatai und Klienten*, in *Eirene*, XVII; 1983, 59 ss.; T. YUGE - M. DOI, *Forms of Control and Subordination in Antiquity*, Leiden - New York - Koebenhaven - Köln, 1988, 325), e dei debitori che come *thetai* (Poll. 3.82) o *katakeimenoï* (Inscr. Cret. 4.41.V.4-VI.16) garantivano il prestito con il loro stesso corpo (E.M. HARRIS, *Did Solon abolish Debt-Bondage?*, in *CQ*, LII, 2002, 415 ss.), nonché - da ultimi - quei *douloi* veri e propri per debiti che le leggi soloniche vollero del tutto abolire.

⁷⁶³ Sol. fr. 4.19.

⁷⁶⁴ Sol. fr. 4.19.

⁷⁶⁵ Ad essa, ossia alla 'schiavitù per debiti', mi pare riferirsi il fr. 36.8-15 West (che descrive la situazione pre-solonica cui il legislatore avrebbe fatto fronte, ossia una situazione in cui in Atene era attribuita al creditore-proprietario la facoltà di vendita all'estero del debitore-schiavo, ovvero il suo sfruttamento in patria): tali versi sono da connettere, all'evidenza, sia a Plut. *Sol.* 13.4-5 (oltre che a Plut. *moral.* 828 f), ove è detto che prima di Solone i creditori erano ammessi tanto a vendere come schiavi i propri debitori insolventi tanto a tenerli perpetuamente presso di sé in stato servile, sia con Arist. *resp. Ath.* 2.2., 4.4, 6.1, 9.1, ove troviamo le attestazioni del divieto solonico di '*daneizein epì tois somasi*', ossia del divieto 'di ridurre in schiavitù - per debiti - un uomo libero' (così, interpreta giustamente la perifrasi A. MAFFI, *Enprisonnement pour dettes dans le monde grec*, in *Aa.Vv.*, *Carcer: prison et privation de la liberté dans l'antiquité classique*, Paris, 1999, 7 ss.). Solo in parte, pertanto, concordo sul punto con la lettura di E.M. HARRIS, *Did Solon abolish Debt-Bondage?*, cit., 415 ss., che separa concettualmente 'debt-bondage' da 'enslavement for debt' (e in ciò mi pare nel giusto), rigettando così sia la interpretazione di M.I. FINLEY, *Economic and Society in Ancient Greece*, cit., 117, 122, 157, 166, ad avviso del quale i versi in questione farbbero riferimento al fatto che «the Solonic revolution in Athens brought an end to debt bondage», sia stigmatizzando la imprecisione di altri numerosi autori che non operano alcuna distinzione tra le due categorie testé indicate (P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, cit., 125 s.). Tuttavia, fermo quanto appena premesso, non credo che sia seguibile il ragionamento dello studioso là dove afferma che in fr. 36.8-15 «Solon must be referring to ... the same slaves whom he described as sold abroad in fr. 4.23-25» (E.M. HARRIS, *Did Solon abolish Debt-Bondage?*, cit., 429): infatti, se nel fr. 36 è addirittura triplice il riferimento agli schiavi (vendita all'estero conforme a *dike* - vendita all'estero *ekdikos* - assoggettamento servile in patria), in fr.

sono limitati ad una critica moderata di quel principio che Hölkeskamp ha efficacemente definito 'Nomokratie' (ad esempio contrastando l'asserita separazione tra «political and judicial institutions»⁷⁹⁵ o, più in generale la tendenza a vedere nella Grecia antica modelli moderni o contemporanei, come quello montesquieiano), altri, in primo luogo il Cohen⁷⁹⁶, hanno senza mezzi termini configurato l'Atene degli oratori come una «agonistic society» e hanno calato inopinatamente le caratteristiche dell'antica «shame culture» (invero maggiormente conforme agli schemi intersoggettivi emergenti nei poemi omerici⁷⁹⁷) in un'epoca, quella classica, in cui ai valori competitivi e di tipo 'faidico' (ossia

4.23-25 si fa riferimento ad una sola categoria di schiavi, cioè quella dei soggetti ingiustamente (ossia solo per *bie*) venduti all'estero in occasione della *stasis* che, per l'appunto, vedeva la violenta prevaricazione dei più forti sui più deboli, tanto attarverso atti di *arpagè* e *klopè* (fr. 4.12-14 West), quanto di assoggettamento in *doulosyne*, a prescindere da qualsivoglia rapporto previo di debito-credito (fr. 4. 17-20 West), sicché non può parlarsi di una perfetta sovrapposibilità tra i due testi; inoltre, se è pur vero che *ek anagkaies khreioùs*, indica una «dire necessity» e non «necessity for debts» (così, anche D.A. CAMPBELL, *Greek Lyric Poetry*, London, 1967, 252), attesa la sopravvista tricotomia, non può escludersi che entro la *anagkaie khreiò* possa includersi anche l'assoggettamento per bisogno di credito. Così per fr. 36.8-15, credo plausibile che esso faccia riferimento all'opposizione solonica sia alla pratica illecita (anche prima dello stesso Solone) di assoggettare in schiavitù uomini liberi per venderli all'estero, sia alla pratica (lecita prima di Solone) di rendere schiavi per debiti (con facoltà di vendita all'estero o permanenza dello schiavo in territorio attico). Cfr., per una interpretazione delle riforme soloniche nel senso di una abolizione della sola 'schiavitù per debiti', L. WESTERMANN, *The Slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphia, 1955, 4 s.

⁷⁶⁶ Cfr. fr. 4.23-5: ove Solone «describes ... a countryside torn by violence where powerful men seize poor men and sell them abroad» (E.M. HARRIS, *Did Solon abolish Debt-Bondage?*, cit., 429).

⁷⁶⁷ Hesiod. *Op.* 192

⁷⁶⁸ Sol. fr. 4.36. Il raffronto, cui nel testo, con 'Le opere e i Giorni' di Esiodo è quasi scontato. Se Solone, infatti, attribuisce alla Eunomia la funzione di *euthynein skolias dikas*, Esiodo contrappone, con riguardo alla amministrazione della giustizia da parte dei *basileis* (cu cui è imprescindibile P. CARLIER, *La Royauté en Grèce avant Alexandre*, Strasbourg, 1984, 141 ss., 220 ss., contro la tesi secondo cui non ci sarebbero stati re né nel mondo omerico, né nelle comunità greche tra nono e ottavo secolo a.C., per cui vd. K.A. RAAFLAUB, *Homer to Solon: the Rise of the Polis*, in M.H. HANSEN, *The Ancient Greek City State*, Copenhagen, 1993, 79), in rapporto ai re corrotti (divoratori di doni), le *dikai skoliai* alle *itheiai dikai* (Hesiod. *op.* 36, 39, 221, 225, 250, 226, 264, 271; *theog.* 85): in tutti questi casi è chiaro che non si tratta di *dike* intesa come principio (deificato o meno), e secondo una - come si ricava anche dal plurale - di 'processi' o, almeno, di 'sentenze' (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 19 ss.). Esiodo e Solone sarebbero quindi accomunati - oltre che dalla personificazione di Dike-principio - dalla concezione eminentemente processualistica di 'dike' (su di essa è imprescindibile la lettura di H. FRISCH, *Might and Right in Antiquity*, New York, 1976, 37 ss.; J.W. JONES, *Law and Legal Theories of the Greeks*, Oxford, 1956, 22

agonali) si erano già sostituiti i pilastri della legalità e della sovranità nomica⁷⁹⁸.

Tale scuola di pensiero, infatti, oltre a basarsi su alcune fonti di assai poco rilievo in quanto tese programmaticamente a caricaturare la *philodikia* nell'Atene classica (come è per commedie quali le Nuvole o gli Uccelli di Aristofane⁷⁹⁹) o incidentalmente - ma sempre intenzionalmente - a dar vita a iperboliche critiche al sistema (come è per la costituzione del vecchio oligarca⁸⁰⁰), da un lato si fonda su una interpretazione partigiana di talune fonti (come si vedrà appresso), dall'altro non pare prendere in seria condireazione numerosi passi che - a prescindere dalle concrete

ss.), sebbene qualche dubbio, a mio modo di vedere, non può che insorgere circa il modo di intendere il rapporto tra *themistes* e *dikai* in Hesiod. *op.* 221 e Hesiod. *theog.* 85: rapporto che credo sia corretto intendere nel senso di un riferimento, rispettivamente, al *basileus* che si pronuncia, immanentizzando *themis*, accogliendo le pretese fondate (*dikai itheiai*), e a *basileis* corrotti che emettono *themistes* favorevoli a pretese (*dikai*) infondate (*skoliai*). Come già si è avuto modo di sottolineare, la concezione processualistica di *dike* - ma non, invece, quella della personificazione - si ritrova certamente anche in Omero, ad esempio là dove si connotano i Ciclopi per l'assenza di *dikai* e di *themistes* (*Od.* 9.215): tuttavia, ciò rammentato, è sicuramente fuorviante - in quanto basato su una generalizzazione e su alcune false interpretazioni - sostenere che in Omero, caratteristica di *dike* «è la sua costante, anche se non esclusiva, attinenza a contesti che hanno oggetto una controversia» (A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 35, evidentemente sulla scorta di M. GAGARIN, *Dike in the Archaic Greek Thought*, in *CPh*, I, 1974, 186 ss.). Si tratta, invero, di una scuola di pensiero alquanto diffusa: Lo Schiavo, ad esempio, dopo aver - a mio giudizio correttamente - sottolineato come in Omero «la distinzione della funzione normativa da quella giudicante neppure è percepita», continua sostenendo che le *themistes* alludono per lo più a norme di costume considerate sacre, mentre le *dikai* denotano più spesso concreti atti di giustizia o procedure legali», sebbene l'autore, inoltre, non esiti a sostenere che quest'ultimo termine «nei poemi indica costumi consolidati o regole di condotta, al pari di quanto ha rivelato l'impiego di *themis* o di *themistes*» (A. LO SCHIAVO, *Themis*, cit., 31 s.): insomma, per lo Schiavo, in Omero *dike* o è il processo o è la norma consuetudinaria. Havelock, poi, da un esame delle testimonianze dei poemi conclude che «la giustizia dell'Iliade è una procedura, non un principio o una qualsiasi serie di principi» ed essa «viene realizzata tramite un processo di negoziazione di carattere retorico tra le parti contendenti», mentre in Odissea «i vari esempi di *dike* non sono regole personali, ma procedimenti generali e modi di comportarsi che sono comunemente accettati e pretesi» sicché «*dike* indica il codice seguito» (E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 168, 223; in termini analoghi cfr., altresì, F. PENTA, *Il concetto di dike in Omero ed Esiodo*, in *Apollinaris*, LXXII, 2000, 679): anche qui il campo semantico è ridotto a quello del processo e a quello di un particolare ordine oggettivo. Altra scuola di pensiero ha sostenuto (ancora più genericamente) che «avant de prendre le sens de justice et de devenir le princip organisateur de la société ... *dike* a appartenu au vocabulaire judiciaire», ossia che essa avrebbe riguardato «techniques permettant de régler pacifiquement les différends entre individus au entre groups» (E. LEVY, *Dike chez Homer: entre privé et public*, in *Ktema*, XXIII, 1998, 71); e altri ancora hanno inteso

modalità attraverso cui si creava e si applicava il diritto nell'Atene classica – sono sintomatici di una chiara operatività, tanto nella coscienza giuridica, quanto nella prassi, del primato del *nomos* scritto.

Anzitutto, circa le prove addotte dal Cohen a sostegno della tesi che vuole l'*ekhthra* e la timoria rispettivamente a fondamento e fine del processo attico, nel corpus di Lisia, l'orazione scritta per il pensionato invalido, laddove tutto ciò che può ricavarsi dal passo citato pare essere che l'attore – a detta del logografo – abbia convenuto l'invalido non per ragioni di inimicizia, ma per ragioni ancora più abbiette, cioè quelle che si incardinano nel sentimento –

contrapporre *dike* a *themis* sotto il profilo della diversità dei destinatari delle norme: la prima sarebbe stata il diritto della *polis*, mentre la seconda il diritto del *gènos* (G. GLOTZ, *Histoire grecque*, I, Paris, 1925, 118; criticato persuasivamente da H. FRISCH, *Might and Right in Antiquity*, cit., 38 ss., del quale, tuttavia non convince affatto la concezione definitiva dell'antitesi tra *themis* e *dike* come una antitesi tra 'giustizia legale' e giustizia secondo convenienza). Poi v'è stato chi ha rimarcato – senza escludere anche differenze circa i destinatari – l'antitesi sotto il profilo della 'fonte', umana per *dike*, divina per *themis* (E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 363 ss.), ovvero chi ha spiegato la dialettica nel senso di una progressiva 'laicizzazione', l'un termine essendo concetto solo 'religioso' (*themis*), l'altro (*dike*), invece, di carattere 'giuridico' (C. GIOFFREDI, *Sui concetti di dike e themis in Omero*, in *BIDR*, LXV, 1962, 69 ss.: contributo che, a parte alcune generalizzazioni e 'anacronismi' come quelli testé riportati, che appunto partono indebitamente da una netta distinzione tra 'diritto' e 'religione' è, sotto numerosi aspetti, comunque illuminante). E sempre entro questa linea di pensiero si è voluto semplificare se non banalizzare il rapporto tra *dike* e *themis* sostenendo che «non emerge una differenza di significato tra le due forme», in quanto paiono riferirsi ... a comportamenti consueti e conosciuti, o anche più in generale alla realtà delle cose, senza alcun riferimento alla sfera dell'azione, umana o divina che sia», seppure in un prius non documentato sarebbe incorsa una distinzione poi eliminata «facendo coincidere il contenuto del principio divino con la traduzione dello stesso nella realtà umana» (M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine*, cit., 191). Infine, v'è chi ha preferito – ad onor del vero argomentando in modo non sempre lineare e perfettamente coerente – intendere l'antitesi in questione nel senso di una improponibilità per il mondo omerico della questione «se ciò che è giusto o sacro sia tale perché piace agli dei, o invece, piaccia agli dei perché è giusto e sacro» e, quindi di una sostanziale 'interscambiabilità' dei due termini valutati come incapaci, per vero, «di distinguersi chiaramente tra loro», per poi concludere sia che «nel mondo omerico è anche *dike*, ossia giustizia morale e legale, tutto ciò che è *themis*: ossia la giustizia morale e legale rispetta quella superiore immutabile giustizia che assegna a ogni cosa un destino», sia che, per converso «è *themis* ... che le volontà dei mortali e le forze di natura debbano conformarsi a norme di giustizia» (N. BOSCO, *Themis e Dike*, cit., 134). Ma come si è messo in rilievo più sopra sarebbe antistorico affermare come prevalente la valenza processuale di *dike* in Omero: nei poemi compare infatti sia la *dike* principio, sia la *dike* processo (o sentenza), sia la *dike* situazione soggettiva.

⁷⁶⁹ Per quanto riguarda il rapporto tra il concetto gius-pubblicistico di *eunomia* e Atene, è ancora una volta la scrittura (*graphein*), in questo caso dei

deprecabile anche in una 'agonistic soceity' - dell'invidia⁸⁰¹. Nell'interpretazione delle orazioni *contra Agoratum* e *contra Theomnestum* il riferimento coheniano alla 'vendetta' come scopo dell'azione (e ulteriore elemento a suffragio della sua personale ricostruzione) tace, ad onor del vero, del significato ulteriore di *timoria* (sanzione, pena)⁸⁰². Infine, nella celebre orazione per la morte di Eratostene, ove Eufileto dà vita ad un vero e proprio 'catalogo tipologico delle forme di attuazione della inimicizia' nel quale si indica tra l'altro, anche il plurimo ricorso a mezzi processuali, il Cohen, da una parte, pare non distinguere affatto tra il piano dell'ontologia e quello della deontologia, ovvero non pare

soli *thesmoi* solonici come ricaviamo da fr. 36.15-17 (West) - e non quelli antecedenti dell'opera dracontina, atteso che, come può ricavarsi dalla lettura della stessa Costituzione degli Ateniesi, Aristotele «didn't ascribe *constitution-maker* status to Drako, but rather the status of lawgiver» (J.D. LEWIS, *Early Greek Lawgivers*, cit., 66) - a rappresentare il dato sensibile della *politeia* moderatamente aristocratica, che, ancora parzialmente legata agli standards dell'«arcaismo morale esiodeo» di cui continua ad usare i concetti e il linguaggio e insensibile - come è per il caso di Tirteo - ad operazioni di redistribuzione egualitaria delle terre (M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, Roma - Bari, 1989, 40) non è qualificata in termini formali (e sostanziali) di *isonomia* (nonostante quanto, di contro, sostenga inopinatamente A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 70; cfr. G. VLASTOS, *Solonian Justice*, in *CPh*, XLI, 1946, 79 ss.). Solone nei versi della celeberrima elegia intitolata - dai soli moderni, per vero: cfr., W. Jaeger, - 'Eunomie' (fr. 4 West), in primo luogo politicizza, calandoli nel concreto della realtà degli inizi del sesto secolo a.C., i concetti teologici personificati da Esiodo di Ate, Eris, Dysnomie, Polemos, connessi allora con l'astratta figura della 'città ingiusta' (cfr. *theog.* 226-229; *op.* 238-247) ed espande in senso concreto, ossia con specifico riguardo ad Atene, in termini eunomici (pace, ordine, misura, retta giustizia) l'immagine della città giusta (Esiod. *op.* 226-237): sull'imprescindibile rapporto tra Esiodo e Solone (e, pertanto, sul nesso ancora fortissimo, tra la giustizia umana e quella divina nell'ordine politico ateniese dell'inizio del sesto secolo), cfr., con una particolare accentuazione del rilievo del fine dell'armonia, L.M. L'HOMME-WERY, *La notion d'harmonie dans la pensée politique de Solon*, in *Kernos*, IX, 1996, 145 ss. La *eunomia* solonica, anzitutto, sotto il profilo delle riforme di diritto costituzionale, è rifiuto della *bie* della tirannide e della monarchia (la cui instaurazione è prevista come illecito contro la *polis* e repressa pubblicamente mediante *eisangelia*: cfr. fr. 9, 32 West; *Arist. resp. Ath.* 8.4, 16.10; *Plut. Sol.* 19.4: sul punto cfr. M. GAGARIN, *The Thesmothetai and the Earliest Athenian Tyranny Law*, in *TAPhA*, CXI, 1981, 71 ss.; P.J. RHODES, *Eisangelia in Athens*, in *JHS*, XCIX, 1979, 103 ss.); è fonte di un interno 'ordine armonico' (*eukosma kai artia*: fr. 4.32) perseguito, *in primis*, attraverso la ricerca di un equilibrio politico tra il popolo e i magistrati (fr. 6.1-2 West); e tale rifiuto implica, *a fortiori*, la volontà tanto di prevenire lo stato caotico determinato dalla guerra intestina (*stasis*), ossia lo stato di *anomia*, quanto di superare la *dysnomie* (fr. 4.31 West). Invero, né la tirannide né la *anomia* (viste, peraltro, come deprecabili sbocchi antipodici nella celebre storia erodotea sui Medi e Deioce: *Herod.* 1.96-100), quali bersagli principali delle riforme soloniche, non erano, invero, mere e fumose ipotesi: esse rappresentavano concrete realtà, la prima delle quali ben attestava il non antico episodio della congiura di Cilone (*Herod.* 1.59-64), la

aver chiara la epocale alterità intecorrente tra le frequenti vulnerazioni di un sistema come quello attico (che, per sua natura, *de facto* presta il fianco a facili 'abusi') e il sistema in sé considerato (a prescindere da eventuali sue patologie)⁸⁰³, dall'altra, oltre a tacere dell'esistenza di taluni mezzi predisposti e impiegati in concreto contro l'abuso del processo (*philodikia*), dimentica – seppur il dato ha valore solo secondario – che la strategia difensiva di Eufileto a sostegno della tesi della scriminante dell'omicidio commesso è proprio quella di negare qualsivoglia rapporto di inimicizia tra lui ed Eratostene. Quanto al corpo demostenico, invero, il frequente riferimento all'*ekhthra* invocato a base della

seconda delle quali, invece, era ancor più contingente in quanto minacciata concretamente da quella recentissima *stasis* in Attica che aveva condotto – tra l'altro – a rapine e furti di beni privati e sacri (fr. 4.12-14 West), nonché alla riduzione in schiavitù dei più deboli (fr. 4.17-25), *stasis* che Solone nell'elegia scritta ad encomio di sé stesso proclama di aver debellato, attraverso la rimozione delle divisioni interne e, indi, facendosi fautore della liberazione sia della *gaia* dell'Attica (cfr. sul fr. 36.4-7 West, E.M. HARRIS, *A New Solution to the Riddle of Seisachteia*, in L. MITCHELL - P.J. RHODES, *The development of the Polis in the Archaic Period*, London - New York, 1997, 55ss., per una interpretazione 'metaforica' dell'estirpazione degli *horoi* dalla terra e non come letterale riferimento al cd. 'scuotimento dei pesi'), sia degli uomini venduti all'estero e tenuti in schiavitù in patria (cfr. fr. 36.8-15 da coordinare, probabilmente, con fr. 4.23-25 West). La *eunomia* non può che presupporre, nell'intento del legislatore Solone, una normativa posta in essere ed applicata '*homoios*', ossia stabilita e fatta valere con terzietà ed imparzialità (fr. 37.9-10, 36.22-27 West), di modo che ciascuno dei cittadini, *kakos* o *agathos*, ottenga *eutheia dike*, nelle singole diversità socio-economiche (fr. 5 West), e quindi anche politiche (cfr., per esempio, la normativa timocratica sulla valutazione economica dei patrimoni per la determinazione della tassazione e della capacità a gerire cariche pubbliche, di cui a Arist. *resp. Ath.* 7.3-4), atteso che sotto Solone tutti i consociati paiono accomunati, per l'appunto, dalla 'soggezione ai *nomoi*', ma il sistema non ancora si connota per l'emersione netta del principio di 'uguaglianza politica mediante i *nomoi*' (fr. 36.15 ss., 36.18 ss., 36.22 ss. West); sia la sanzione del principio della 'buona' distribuzione dei poteri 'politici' (che ancora esclude, ad esempio, i Teti dalle magistrature, ma atomizza le sfere di competenza degli arconti, annuali e chiamati a rispondere del loro operato: Arist. *resp. Ath.* 7.3-4, 8.4, 3.1-5). Non si è ancora, in altre parole, in presenza della *isonomia-demokratia*, ma solo nella strada che ad essa conduce, in quanto con i *thesmoi* di Solone diretti a realizzare la *eunomia* della *polis* ateniese, il *kratos* non è ancora di tutto il *demos* e l'assenza (isonomica) di privilegi e il riconcimento di diritti politici allargati ancora non sono perfetti.

⁷⁷⁰ Sol. fr. 4.17, 23, 26.

⁷⁷¹ Cfr., per le indicazioni bibliografiche sulla identificazione – anche da me sostenuta come scelta preferenziale – tra gli *agathoi* e gli *astoi*, I. LINFORTH, *Solon the Athenian*, Berkeley, 1918, 141, 197 s.

⁷⁷² Sol. fr. 4.11.

⁷⁷³ Sol. fr. 4.8-9; ma cfr., altresì, Sol. fr. 4.12-13; Sol. fr. 4.5-6

⁷⁷⁴ Sol. fr. 4.5-7, 14:

sua tesi dall'autore americano, se formalmente pare ineccepibile, è sovente criticabile sostanzialmente, atteso che in molti casi l'impiego del sostantivo in questione non riguarda affatto l'attuale stato dei rapporti tra le parti in causa⁸⁰⁴. Peraltro sia Herman sia Rubinstein che Harris hanno ben provato – contro Cohen e Christ – come nelle strategie processuali dei logografi sia un topos quello di presentare (solo) gli avversari come *philodikoi*⁸⁰⁵: il che si impone evidentemente come elemento decisivo per considerare la vendetta e l'inimicizia, in sé e per sé considerate, valori superati entro il sistema legalistico attico.

⁷⁷⁵ Cfr., sulla personificazione le note persuasive di M. GAGARIN, *Dike in the Works and Days*, cit., 89: «personification is a way of expanding the meaning of the word to a more general and abstract sense and increasing its importance».

⁷⁷⁶ Sol. fr. 4.15.

⁷⁷⁷ Sol. fr. 4.16. Ben diversa dalla mia, è l'interpretazione del passo fornita da J.A. ALMEIDA, *Justice as an aspect of the polis idea*, cit., 218, ad avviso del quale «the precise object ... of the goddess's vengeance is clear», atteso che Solone «means that Dike comes inevitably in time to exact vengeance upon the agathoi for their rejection of the polis idea, which is the concrete content of political dike», e che «vengeance is nothing other than the very degeneration of political life itself which progresses inevitably and more violently the longer the agathoi disregard the organizational principles of the polis idea». Criticabili in quanto del tutto arbitrari sono alcune rese del passo: il verbo *apotinein* (in una con il dativo di *khronos*) nel contesto dell'Elegia, anzitutto, non può significare 'vendicare a mezzo del tempo', ma solo 'punire in tempo' (cfr. la resa di J. LEWIS, *Solon The Thinker. Political Thought in Archaic Athens*, London, 2006, 43: «to exact retribution later»; l'interpretazione, di poi, non tiene conto della diversità temporale tra il participio presente (*sigosa*), che indica lo stato attuale di Dike (sotto il dominio di *Dysnomie*: fr. 4.31), e il participio futuro (*apoteisomene*: su cui cfr. F. BLAISE, *Poetics and Politics*, in J.H. BLOK - A.P.M. LARDINOIS, *Solon of Athens*, cit., 118, sebbene raggiunga le stesse conclusioni qui contrastate, là dove sostiene che «the instrument of this punishment is time ... which reveals dike's action to the city through the misfortunes that it suffers»), che fa riferimento – a mio modo di intendere – alla restaurazione di *Eunomie* (descritta in termini generali in fr. 4.32-36), ormai vicina nel tempo (cfr. D.E. GERBER, *Greek Elegiac Poetry from the Seventh to the Fifth Century BC*, Cambridge, 1999).

⁷⁷⁸ Sol. fr. 4.32-39: *Eunomia* pare a me qui, ancora una divinità (al pari di *Dike*), ma volutamente «taken away from the Hesiodic fiction» (F. BLAISE, *Poetics and Politics*, cit., 118) e così, una volta data per presupposta la generalogia esiodea (Hesiod. *theog.* 901-903), viene calata nella realtà della *polis*: *Eunomia*, quindi, non è solo «a desired social condition» o «a goal of Solon's personal policy» (E.K. ANHALT, *Solon the Singer. Politics and Poetics*, Lanham, 1993, 111, sulla scorta di M. OSTWALD, *'Nomos' and the beginnings of the Athenian Democracy*, cit., 64, e di V. EHRENBERG, *Aspects of the Ancient World*, Oxford, 1946, 84 s., nonché di H. SOLMSEN, *Hesiod and Aeschylus*, Ithaca - New York, 1949, 116): per la interpretazione di *Eunomia* in termini di «divine agent and a human agent», cfr. A.W. ADKINS, *Poetic Craft in the Early Greek Elegies*, Chicago, 1985, 124.

Inoltre, quanto alla selezione partigiana su cui Cohen fonda la sua ricostruzione, va rilevato come l'autore, concentrandosi in via esclusiva su taluni passi della retorica aristotelica⁸⁰⁶, che paiono, non solo accettare, ma addirittura approvare, il ricorso alla vendetta, onde supportare la tesi della società fondata ancora su valori di tipo competitivo in cui, per l'appunto, «enmity and revenge are consistently portrayed as honorable»⁸⁰⁷, da un lato dimentichi del tutto quelli, sempre aristotelici, sulla *philia* vista dal filosofo come valore fondante l'intera gamma dei rapporti tanto transpolitici che interpolitici⁸⁰⁸, dall'altro passi sotto silenzio

⁷⁷⁹ L'uso di 'classe' o di ordine (quale io faccio in corpo di testo) è certamente 'anacronistico' per i tempi delle riforme soloniche, ma empiricamente ciò non significa che il concetto sia privo di utilità euristiche e analitiche (così I. MORRIS, *Burial and Ancient Society*, Cambridge, 1987, 171; M.I. FINLEY, *Politics in the Ancient World*, Cambridge, 1983, 2), soprattutto se permette di evitare interpretazioni tali per cui si conclude che «Solon's polis would be a kosmos not of competing forces or factions, but of competing men, and a person of any status could be agathos or kakos» (J. LEWIS, *Solon The Thinker*, cit., 46; cfr., in termini simili, tanto R. SEALEY, *A History of the Greek City States 700-338 BC*, Berkeley, 1976, 114, che pensa a una dialettica tra famiglie, quanto R. OSBORNE, *Greece in Making*, cit., 218, che parla di «individual citizen against citizen»): tale resa, infatti, se da un lato giustamente mette in luce come nel fr. 4 mai l'antitesi sia formalmente espressa in termini di contrapposizione tra *agathoi* e *kakoi* (come è invece per fr. 36.18-20), dall'altro, non tiene conto né del netto dualismo dialettico (fr. 5.5-6; 36.22-27) cui Solone è chiamato a trovare una soluzione come arconte e mediatore (*arkhon kai diallaktès*: Arist. *resp. Ath.* 5.1; *horos*: Sol. fr. 37.1-10), né della distinzione che Solone stesso opera tra *demos* e *astoi* (fr. 4.5-7), riconducendo solo a questi ultimi (gli *astoi*, appunto) condotte (*erga*) e piani (*noos*) tali, in quanto *adika*, da infrangere i *semnà themethla Dikes* (fr. 4.6, 14).

⁷⁸⁰ V. EHRENBERG, *Origins of Democracy*, cit., 515.

⁷⁸¹ Dem. 6.25; 24.75-76; Aeschin. 1.4.

⁷⁸² Come già segnalato, seguo, preferendo il genitivo *nomou* ('del *nomos*': nel papiro di Londra di Aristotele) all'avverbio *homou* ('parimenti': nel papiro di Berlino, in Plutarco [Sol. 15] e Arsitide [23138]), la lettura che più - a mio avviso - dà senso compiuto al frammento: così, *ex plurimis*, H. STIER, *Nomos Basileus*, in *Philologus*, LXXXIII, 1928, 230 ss.; J.L. MYRES, *Eunomia*, in *CR*, LXI, 1947, 81 s.; M. GIGANTE, *'Nomos basileus'*, Napoli, 1954, 32 ss.; J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, cit., 17 s.; G. VLASTOS, *Isonomia*, cit., 349, nt. 40; *contra*, V. EHRENBERG, *Aspects of the Ancient World*, cit., 82; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 69.

⁷⁸³ Così, condivisibilmente, G. VLASTOS, *Isonomia*, cit., 351, nt. 45.

⁷⁸⁴ Per un utile sguardo d'insieme (e con ricca bibliografia in tema) sull'*iter* 'nomopoietico' nell'Atene del quinto e del quarto secolo a.C., cfr. M. SCHWARTZBERG, *Democracy and Legal Change*, in *APSR*, XCVIII, 311 ss.

⁷⁸⁵ M. UNTERSTEINER, *I sofisti*, I², Milano, 1967, 103 ss.

⁷⁸⁶ Sul punto, vd. A. BISCARDI, voce '*Physis dikaiou*', in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 113 ss. (nonché in A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 343 ss.); U.E. PAOLI, *Legge e giurisdizione*, cit., 27 ss.

⁷⁸⁷ G. VLASTOS, *Isonomia*, cit., 337.

numerosi altri testi dell'oratoria e della storiografia attica militanti in senso contrario alla 'agonistic society'.

Tra i molti adducibili, può rammentarsi una celebre orazione funebre – forse mai pronunciata – in cui Lisia⁸⁰⁹ connota l'uomo (e, pertanto, il cittadino greco) per l'uso della ragione e l'obbedienza alle leggi, contro lo statuto dell'essere vivente (animale o umano) che fa della sola 'nuda violenza' la propria ontologia: al potere (nella *basileia* del *nomos*) l'oratore contrappone il pre-potere o la pre-potenza (nella *basileia* della *natura*). Demostene, nell'orazione contro Timocrate, inoltre, sottolinea a chiare lettere la subordinazione della grandezza di Atene sul piano internazionale al

⁷⁸⁸ Her. 3.80.6, 3.137.4, 3.142.3, 5.78: ricollega – ora direttamente, ora indirettamente – l'isonomia a *plethos*, *demokratie*, *isegorie*, potere atirannide, connettendo il 'potere dei più' e la 'uguaglianza dei cittadini' dinnanzi alla legge all'opera di ingegneria costituzionale di Clistene, o comunque sempre a uomini della fine del sesto secolo (Aristagora, Otane, Maiandrio).

⁷⁸⁹ Aesch. *Suppl.* 618.

⁷⁹⁰ Sulla alterità del sistema attico cfr. P. MILLETT - S. TODD, *Law, society and Athens*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), '*Nomos*', cit., 1 ss.; S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 5; P. RHODES, *Enmity in Fourth-Century Athens*, P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. VON REDEN (ed.), '*Kosmos*'. *Essays in Order, Conflict and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1998, 144 ss. Come è ovvio, l'assenza della *iusprudentia* non è invece un dato da iscriversi nella lista della alienità del sistema attico rispetto al mondo antico, ché fu invece propria la presenza in Roma di una classe di periti nella *scientia* del *ius* il dato di singolarità: già di ciò discorreva quasi un trentennio fa, M. TALAMANCA, *Politica, equità e diritto nella pratica giudiziaria attica*, in '*Mneme Georges A. Petropoulos*', II, Athènes, 1984, 334.

⁷⁹¹ E. HARRIS - L. RUBINSTEIN, *Introduction*, in *The Law and the Courts in Ancient Greece*, London, 2004, 1; Cfr. E.M. HARRIS *Democracy and the Rule of law*, 2006, *passim*.

⁷⁹² Cfr., sul tentativo di riconciliare i dati ricavabili in Andoc. 1.81-89 con il decreto di Tisameno (soprattutto con riguardo all'amnistia), A.R.W. HARRISON, *Law-making at Athens at the end of the fifth century B.C.*, in *JHS*, LXXV, 1955, 26 ss.; D.M. MACDOWELL, *Law-making at Athens in the fourth century*, in *JHS*, CXV, 1975, 62 ss.

⁷⁹³ E. CARAWAN, *The Athenian Amnesty and the 'Scrutiny of the Laws'*, in *JHS*, CXXII, 2002, 1 ss.

⁷⁹⁴ R. SEALEY, *The Justice of the Greeks*, Ann Arbor, 1994, 22 e nt. 37

⁷⁹⁵ S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, cit., 299 s.

⁷⁹⁶ D. COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1995, 83 ss.

⁷⁹⁷ E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, cit., 59.

⁷⁹⁸ Aderiscono all'approccio in oggetto oltre a M.R. CHRIST, *The Litigious Athenian*, London, 1999, *passim* (che nonostante critichi gli eccessi della visione di Cohen, in molti punti ad essa si adegua); J. OBER, *Mass and Elite in Democratic Athens*, Princeton, 1989, *passim*; V. HUNTER, *Policing Athens. Social Control in the Attic Lawsuits, 430-320 B.C.*, Princeton, 1994, *passim*.

⁷⁹⁹ Aristoph. *aves* 40-41; *nub.* 206-208. Eccessivamente fiducioso nella forza di richiami come questi è M.R. CHRIST, *The Litigious Athenian*, cit., (che

rispetto da parte dei cittadini dei nomoi⁸¹⁰, e Iperide, al pari del Pericle di Tucidide (nel discorso risalente al 430 a.C.)⁸¹¹, vede – come si ricava dall'epitaffio per i caduti di Lamia (322 a.C.) – nell'ascolto del nomos (e non nelle minacce) il principio del vivere pacifico politico⁸¹². Nel giuramento efebico il rispetto del sistema normativo assurge a momento centrale della promessa al cospetto degli dei di ogni giovane ateniese⁸¹³, e nelle incisive parole di Eschine la stessa democrazia viene concepita come frutto della nomocrazia⁸¹⁴. Ancor più solare è, di poi, la negazione della violenta 'agonistic society' ateniese (come dipinta da Cohen), da parte di Licurgo che sia asservisce l'attività dei giudici al rispetto del nomos, sia disapprova veementemente le liti temerarie come quelle giustificate solo da *ekhthra* (atteso che, secondo una evidente teoria sostanziale dell'azione, solo la infrazione delle norme attiche è concepita come condizione per l'insaturazione di un processo)⁸¹⁵. Lo stesso Demostene, del resto, non esita a chiamare gli eliaisti i custodi dei nomoi⁸¹⁶ e senz'altro vede nelle corti non – come vuole risolutamente Cohen⁸¹⁷ – «a natural arena» ove le parti cercano esclusivamente vendetta e ove si dispiegano – avendosi, in pratica, i nomoi della polis solo come pretesti – *idiai*

nonostante critichi gli eccessi della visione di Cohen, in molti punti ad essa si adegua): cfr., in aperta critica al modello 'sociologico' E.M. HARRIS, 'Philodikein dokoumen', in *CR*, L, 2000, 499 s.

⁸⁰⁰ Olig. (10)3.2.6.

⁸⁰¹ Lys. 24.

⁸⁰² Lys. 10; Lys. 13.

⁸⁰³ Lys. 1.

⁸⁰⁴ Dem. 25.32; 26.10; 29.22-24; 39.11; 44.99; 45.65.

⁸⁰⁵ G. HERMAN, *Athenian Beliefs about Revenge: Problems and Methods*, in *PCPhS*, XLVI, 2000, 18; L. RUBINSTEIN, *Litigation and Cooperation: Supporting Speakers in the courts of Classical Athens*, 2000, Stuttgart, 179 s.; E.M. HARRIS, *Feuding or Rule of law? The Nature of Litigation in Classical Athens: an Essay in Legal Sociology*, in *Symposion 2001*, 2005, 125 ss.

⁸⁰⁶ Arist. *rhet.* 1367 a, 1378 b, 1382 b.

⁸⁰⁷ D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 83

⁸⁰⁸ Cfr. Arist. *rhet.* 1381 a. Le trattazioni di Aristotele circa la cd. amicizia più ampie sono nell'Etica Nicomachea e nella Grande Etica, su cui cfr. D. KONSTAN, *Friendship in the Classical World*, Cambridge, 1997, 67 ss.

⁸⁰⁹ Lys. 2.19:

⁸¹⁰ Dem. 24.215-216.

⁸¹¹ Thuc. 2.37.

⁸¹² Hyper. *epitaph.* 25.

⁸¹³ P. RHODES - R. OSBORNE, *Greek Historical Inscriptions*, Oxford, 2003, 88 (ll. 12-14).

⁸¹⁴ Aesch. 1.179, 3.6, 3.23.

⁸¹⁵ Lyc. *Leocr.* 4-6.

⁸¹⁶ Dem. 24.36, 25.6 (cfr., altresì, Din. 3.16).

⁸¹⁷ D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 82.

*ekhthria*⁸¹⁸, ma, come si evince più volte nella stessa orazione ‘Per la corona’, l’oratore considera apertamente i tribunali ateniesi il luogo principe in cui il diritto (e non infondate ragioni di parte) deve essere riaffermato⁸¹⁹ vuoi nell’interesse della intera comunità, vuoi in quello del singolo, stigmatizzando la condotta processuale di Eschine – che, come noto, aveva esperito una *graphè paranomon* contro Ctesifonte per la contrarietà ai nomi del decreto in onore dello stesso Demostene⁸²⁰ – come animata da una deprecabile *ekhthra* personale e non, invece, fondata in diritto⁸²¹.

Come sopra si diceva, inoltre, il modello coheniano non tiene conto oltre che dei pregressi passi (che con forza negano alla radice la sua tesi), a voler tacere della azione pubblica per reprimere la sicofantia⁸²², dei numerosi mezzi predisposti per prevenire tanto liti temerarie (o addirittura pretese inaccoglibili per ragioni di merito) quanto l’esperienza di azioni deduttive di questioni non decidibili per carenza di condizioni processuali: Teofrasto, infatti, quanto alle azioni pubbliche, rileva come l’accusatore che non avesse ottenuto almeno 1/5 dei voti del dicasterio fosse sanzionato mediante sia l’obbligo di pagare una pena pecuniaria di mille dracme, sia la perdita della capacità di esperire *graphai, phaseis, epheseis*⁸²³; Demostene, quanto a quelle private, attesta sia il principio della immodificabilità del giudicato sia quello del *ne bis in idem* (che il convenuto può far valere tanto nel caso di arbitrato privato quanto in quello di transazione, mediante la procedura della *paragraphè*)⁸²⁴; e, infine, non può dimenticarsi l’*epobelia* – testimoniata da numerosi oratori – ossia la sanzione, fissata in 1/6 del valore della causa, cui era assoggettato comunque l’attore soccombente (a prescindere, quindi, da ogni valutazione di temerarietà dell’azione)⁸²⁵.

⁸¹⁸ Cfr. Lys. 31.2, 26.15; Dem. 23.1, 23.97, 23.190; Aesch. 1.1-2.

⁸¹⁹ Dem. 18.123.

⁸²⁰ M.-J. SUNDAHL, *The Rule of Law and the Nature of the Fourth-Century Athenian Democracy*, in *Classica et Mediaevalia*, LIV, 2005, 139 (con ragguaglio bibliografico).

⁸²¹ Dem. 18.278; 18.283-284, 18.290-293, 18.306-309.

⁸²² Cfr. R. OSBORNE, *Vexatious litigation in classical athens: sykophancy and the sykophant*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD [ed.], ‘Nomos’, cit., 83 ss.; D. HARVEY, *The sykophant and sykophancy: vexatious redefinition?*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD [ed.], ‘Nomos’, cit., 103 ss.; M.R. CHRIST, *The Litigious Athenian*, cit., 73 ss.

⁸²³ Theophr. Fr. 4b (Szegedy - Maszak).

⁸²⁴ Dem. 20.147; 28.16; 36.25; 37.1

⁸²⁵ Cfr. su questo ed altri rimedi, E.M. HARRIS, *The Penalty for Frivolous Prosecutions in Athenian Law*, in *Dike*, II, 1999, 123 ss.

L'operatività della sovranità del *nomos* è poi in pieno comprovata dal cd. giuramento elastico⁸²⁶ che i giudici pronunciavano ogni anno e che si componeva delle seguente clausole: la promessa di giudicare (*dikazein, psephizein*) secondo le leggi e i decreti ateniesi (principio della legalità)⁸²⁷; la promessa di giudicare nei limiti del chiesto⁸²⁸; la promessa di giudicare *audita altera parte*,⁸²⁹ la promessa di giudicare secondo la *gnome dikaiotate*, intesa dagli oratori come promessa ora di giudicare imparzialmente⁸³⁰, ora di avvalersi nel giudizio della 'migliore opinione personale' in caso di assenza di leggi e/o decreti⁸³¹.

Prediritto e diritto.

Già con riguardo alla preistoria e alla protostoria del 'diritto greco' - seppur *ab origine*, invero, a prevalere erano principî come quello 'agonistico' secondo cui «per asserire la propria virtù ... l'eroe è indotto ... anzi necessariamente spinto ... a violare la *timè* altrui»⁸³² - Omero (benché nell'ambito di numerose contraddizioni interne) ed Esiodo (in modo assai più univoco) insegnavano che là dove il *wanax* (modello di sovrano palaziale) o i *basileis* (modelli di capi della comunità o degli *oikoi*) dimenticavano di essere 'pupilli di Zeus'⁸³³ e, senza timore degli dei, tradivano la funzione di cui lo scettro era simbolo supremo⁸³⁴ (allontanandosi, potremmo dire,

⁸²⁶ In generale cfr. A. BISCARDI, *La 'gnome dikaiotate'*, cit., 89 ss.

⁸²⁷ Dem. 24.149-151; Dem. 58.36; Isocr. 18.34; Isae. 11.6; Hyper. Eux. 40. Sulla poca attendibilità di Dem. 24.149-151 in quanto carente di qualsivoglia riferimento alla quarta clausola cfr. E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Athenian Democracy. The Judicial Oath*, in *Etica e politica*, IX, 2007, 55 ss.

⁸²⁸ Aesch. 1.154, 1.170; Dem. 45.50. Cfr. P.J. RHODES, *Keeping to the Point*, in *The Law and the Courts in Ancient Greece*, cit., 137 ss.

⁸²⁹ Aesch. 2.1; Dem. 18.2; Isoc. 15.21.

⁸³⁰ Dem. 57.63; Dem 23.96-97.

⁸³¹ Dem. 20.118; Dem. 39.39-40; Pollux 8.122: invero nelle due orazioni testè citate il richiamo alla *gnome dikaiotate* fa riferimento non alla necessità dell'oratore di fondare la propria argomentazione su un criterio metapositivo in assenza di una legge (o in sostituzione di essa), ma a quella di corroborare la propria tesi attraverso un elemento addizionale (la miglior opinione) al dato della legge: anche qui si tratterebbe di un criterio non integrativo (di una lacuna normativa) ma adiutorio-interpretativo, nonostante la formale menzione, presente nel giuramento, della assenza di legge quale condizione per l'operatività della *gnome dikaiotate*.

⁸³² M. VEGETTI, *L'etica degli antichi*, cit., 18.

⁸³³ Sulla 'giustizia', già in Omero, di Zeus (nonché, tra gli umani, di Odisseo), imprescindibile è la lettura di H. LLOYD-JONES, *The Justice of Zeus*, cit., *passim*.

⁸³⁴ Sulla figura dei *basileis* omerici è stato scritto di tutto: cfr., *ex plurimis*, W.M. SALE, *The Government of Troy: Politics in the Iliad*, in *GBRS*, XXXV.1, 1994, 39 ss.; R. MONDI, *'Skeptoukoi basileis'. An Argument for Divine Kingship in Early*

dalle vie indicate da *dike*) la società non poteva che conoscere calamità, distruzione e carestia⁸³⁵. Ma è a partire dal settimo secolo a.C., in una con i profondi cambiamenti sia tecnici che economici prodottisi con l'uscita dalle oscurità dei secoli del Medioevo, che la Grecia rifiutava formalmente la situazione di 'caos' e 'anomia' (cioè di dissidio tra diritto e giustizia) in nome di un rinnovamento 'cosmico'⁸³⁶ ed 'eunomico'⁸³⁷ (cioè di consenso tra il piano positivo del giuridico e quello superiore della giustizia) della vita 'politica': organizzata quest'ultima in perfetta consentaneità con aspirazioni tendenzialmente egualitarie (o, come si dice, isonomiche), si riscattava, così, quella «virtù minore»⁸³⁸ che nelle comunità

Greece, in *Arethusa*, XIII, 1980, 203 ss.

⁸³⁵ Cfr. J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i Greci*, trad. it., Torino, 2001, 26 con riguardo ad Esiodo (*op.* 238-247) e Omero (*Il.* 16.384-392). Sul 'giudice unico' (che, come già detto, non esiterei a identificare col sovrano miceneo 'ispirato divinamente'), cfr. Hom. *Il.* 1.233-239; 2.204-206; 9.96-99; *Od.* 11.568-571. Diversa è la figura, più laica e meno solenne, che emerge da Hom. *Od.* 11.185-187 e 12.439-440 (passi che potrebbero essere indice della 'stratigrafia' diacronica dei poemi omerici, con riferimento all'amministrazione della giustizia nell'ottavo secolo a.C.); il che mi porta ad essere alquanto dubbioso sulla perentorietà di I. MORRIS, *The Use and Abuse of Homer*, in *CA*, V, 1986, 104, ad avviso del quale i modelli omerici e quelli esiodei non sarebbero molto differenti.

⁸³⁶ Sull'ideale del *kosmos*, cfr., per tutti, P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. VON REDEN (ed.), *'Kosmos'. Essays in Order, Conflict and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1998, *passim*.

⁸³⁷ Se in Omero (*Od.* 17.485-487) la *eunomia* è solo la 'buona divisione' tra le sfere d'influenza dei *gēnē*, già in Esiodo e Pindaro (*Esiod. theog.* 91; *Pind. pyth.* 66-67; *ol.* 4.15-16; 13.9-10), ma soprattutto con Solone (*Sol. eleg.* 3.36 [Diehl, fr. 3]), essa assume un significato più puntuale e connesso all'idea (più che all'effettività) di giustizia sostanziale e uguaglianza dinanzi alla legge (*isonomia*): secondo U.E. PAOLI, *Legge e giurisdizione*, cit., 36, più precisamente, se la *anomia* altro non è che la legge che, invece di contrastare la *hybris*, la asseconda e la permette, la *eunomia* (solonica) è il suo opposto (cfr., sul tema, con notevole apparato bibliografico, A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 55 ss., 70). Il riferimento (mio e di Paoli) alla *ēnomia* potrebbe essere frainteso: entro contesti assai più elevati, San Paolo, infatti, ne parlava nella seconda lettera ai Tessalonicesi (2 *Tess.* 2.3-9) con riguardo all'avvento del tempo messianico, non come 'annichilimento', ma come stato derivante dalla 'conservazione disattivante', *kat'ērghsij*, dell'autorità e del potere mondani nella loro forza prescrittiva e normativa (*kat'scon*). Illuminante la lettura di G. AGAMBEN, *Il tempo che resta. Un commento alla lettera ai romani*, Torino, 1999, 102 ss., laddove non mi sento di condividere la lettura tradizionale (in chiave positiva del *kat'scon* inteso come ciò che trattiene l'Anticristo e in chiave negativa dell'*ēnomia* da concepirsi come caratteristica dell'Anticristo) riproposta ultimamente da A. SANDRI, *Autorità e 'Katechon'. La genesi teologico-politica della sovranità*, Napoli, 2007, 3 ss. (che, peraltro, non dà segno di conoscere l'interpretazione agambeniana).

⁸³⁸ Cfr. A.W.H. ADKINS, *La morale dei greci*, cit., 94 ss.; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 22 ss.

omeriche era subordinata al codice che innalzava a bene supremo «il possesso della *timè*, la pubblica stima»⁸³⁹.

Alla logica prescrittiva, in funzione sanzionatrice, di *aidos*⁸⁴⁰, alla mentalità riprovante non la violenza in sé, ma unicamente *hybris*⁸⁴¹, alla rete interrelazionale fondata sull'etica del successo, si sostituisce - tuttavia senza che le antiche radici dell'individualismo competitivo della 'agonistic society' vengano estirpate⁸⁴² - un'idea di rinnovamento che tende a restringere lo strapotere dei *gšnh* e a determinare un limite alle iniziative dei singoli, a sottoporre, insomma, i membri dei gruppi tribali a una norma che nella sua generalità vada applicata da tutti e a tutti in

⁸³⁹ E.R. DODDS, *I Greci e l'irrazionale*, trad. it., Firenze, 1997, 59. Cfr., sul tema, altresì, L.D. CAIRNS, *Aidos: the Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Oxford, 1993, 14 ss.; K. DOVER, *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, London, 1974, 54 ss.; A.W.H. ADKINS, *Honour and Punishment in the Homeric Poems*, in *BICS*, VIII, 1960, 23 ss.; cfr., per un ulteriore ragguaglio bibliografico, E. CANTARELLA, *Norma e sanzione in Omero*, cit., 144, nt. 9.

⁸⁴⁰ Quanto al concetto di *a,,dèj* cfr., *ex plurimis*, J.T. HOOKER, *Homeric Culture: a Shame-Culture?*, in *Greece & Rome*, XXXIV, 1987, 125 (propenso a rivalutare l'idea monistica della cultura della vergogna, per certi versi in analogia con l'approccio di Long): «shame before others, respect for others, awe before the gods: these are the meanings which may be conveyed by the *aidòs*-word in Homer. Such senses are mutually exclusive ... but that religious awe represents the earliest meaning there can be little doubt; and it's this feeling, much more than shame before one's equal or inferiors, that acts as a constant and powerful constraint upon the heroes». Vd., altresì, C. DEL GRANDE, *'Hybris'. Colpa e castigo nell'espressione poetica e letteraria degli scrittori della Grecia antica*, Napoli, 1947, 27, che definisce *a,,dèj* come «la dea simbolo della coscienza individuale che sa porre i limiti al proprio agire per non nuocere altrui», in una prospettiva, per certi versi, non troppo distante da quella di C.E. VON ERFFA, *'Aidòs' und verwandte Begriffe in ihrer Entwicklung von Homer bis Demokrit*, Leipzig, 1937, 4, che parla - in senso laico - di un sentimento di onore che impone all'uomo di stare al proprio posto e di rispettare i diritti di coloro che appartengono alla stessa classe sociale. (perseguibile già con *d...kh çik...aj*, ovvero con *graf*» «sebe... aj); secondo B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, trad. it., Torino, 2002, 242 s., l'*a,,dèj* «è in origine il sentimento che si prova dinanzi al sacro, e impronta religiosa ha in Omero il rispetto per i genitori, per il re, ma anche per il mendicante, e per colui che chiede protezione: questi certo non hanno diritti, ma stanno sotto la protezione della divinità. Significa però anche il rispetto per i propri pari, perde quindi in questo caso il suo carattere religioso ed entra già nella sfera delle forme sociali di cortesia. Poiché l'onore ha tanta importanza per la vita morale, il rispetto di questo onore, cioè l'*a,,dèj*, diventa un possente sostegno nella costituzione della società civile primitiva, è su questo sentimento che si fonda l'autorità e la gerarchia della società il cui ordine è ritenuto sacro, perché stabilito dagli dei, come dicono i miti che narrano del sorgere e del formarsi delle istituzioni esistenti» (così come E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Frankfurt a.M., 1970, 35); *contra* vd. E.R. DODDS, *I Greci*, cit., 59 e ntt. 109 s., che pensa all'*a,,dèj* come al rispetto dell'opinione pubblica' e non al 'timor di Dio'. Infine cfr. F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto*, cit., 31 ss.

egual misura. È *dike* quella norma: meglio è *dike* quel principio⁸⁴³ che «il mago invoca come potenza divina, che il nomoteta promulga nelle sue leggi, e alla quale può talvolta ispirarsi il tiranno, anche se egli la snatura imponendola con la violenza»⁸⁴⁴. *Dike* è, vale a dire, l'idea superiore che tende a stabilire l'*eunomia*, e con essa a fondare, 'dienematicamente', la giusta ripartizione delle cariche, degli onori, del potere (ma anche a riparare, 'diortoticamente', gli squilibri nei rapporti intersoggettivi, armonizzando, in tal modo, in un'unica comunità, la pluralità di individui e gruppi⁸⁴⁵). Il particolarismo cede alla tendenziale unità

che parla 'heideggerianamente' di 'pudore'. La più puntuale determinazione della sfera concettuale del vocabolo in questione mi pare essere quella proposta compiutamente da E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 210 ss. e ntt. 1 ss., che reputa che a „dèj sia una sanzione soggettiva 'endogena' che colpisce colui che viene meno ai modelli e alle regole, laddove TM legge...h avrebbe indicato il riflesso pubblico del disonore.

⁸⁴¹ Quanto al concetto di Ûbrij, secondo la dottrina meno recente, questa figura si risolverebbe, essenzialmente, in una condotta offensiva nei confronti della divinità, ossia integrerebbe un illecito di natura religiosa con cui l'uomo, dimentico della sua natura mortale osa con 'tracotanza' sfidare gli dei (cfr., ex plurimis, C. DEL GRANDE, *Hybris*, cit., *passim*); l'interpretazione 'laica' o 'sociale' vede in Gernet (L. GERNET, cit., 3 ss.) il suo primo strenuo sostenitore: egli identifica, infatti, la Ûbrij originaria in qualsivoglia contegno idoneo ad integrare una violenza che minava la convivenza tra i più gruppi (ma cfr. anche, in tema, R. LATTIMORE, *Story Patterns in Greek Tragedy*, London, 1964, *passim*). Per la Ûbrij come illecito (dai confini e dai contenuti più variabili) di tipo 'sociale', lesivo dell'onore altrui, cfr. N.R.E. FISHER, 'Hybris' and Dishonour, in *Greece & Rome*, XXIII, 1976, 177 ss.; Id., *La legge sulla 'hybris' ad Atene*, in *Aion (acheol.)*, IX, 1987, 99 ss.; Id., *The Law of 'hybris' in Athens*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD (ed.), 'Nomos'. *Essays in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge, 1990, 123 ss.; Id., 'Hybris'. *A study in the values of honour and shame in ancient Greece*. Warminster, 1992, *passim*; diversamente D. MACDOWELL, 'Hybris' in Athens, in *Greece & Rome*, XXIII, 1976, 14 ss., pensava ad un «having energy or power and misusing it self-indulgently» (ma su tale posizione cfr. E. CANTARELLA, *Spunti di riflessione critica su 'hybris' e 'time' in Omero*, in *Symposion 1979*, Köln - Wien, 1983, 83 ss.). Cfr., sulla distinzione tra Ûbrij e a „k...a (eminentemente sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'agente), le note di R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 88 ss. che, seppur implicitamente, concilia in unum le posizioni di Fisher (che accentua le caratteristiche oggettive dell'illecito) e di MacDowell (che ne sottolinea quelle soggettive), argomentando da Dem. 54.9; sul punto non vanno dimenticate (in modo consentaneo alla visione di Martini), sulla scorta anzitutto di Dem. 21.9, 21.54, 21.72, le penetranti riflessioni di E.M. HARRIS, *Demosthenes' Speech Against Meidias*, in *HSCP*, XCII, 1989, 117 ss.; Id., *Recensione a D. MACDOWELL, Demosthenes. Against Meidias (Oration 21)*, Oxford, 1990, in *Cl. Phil.*, LXXXVII, 1992, 71 ss. (vd., inoltre, in tema, O. MURRAY, *La legge soloniana sulla 'hybris'*, in *Aion [acheol.]*, IX, 1987, 117 ss.; Id., *The Solonian Law of Hybris*, in P. CARTLEDGE - P. MILLETT - S. TODD [ed.], 'Nomos', cit., 139 ss.; M. GAGARIN, *The Athenian Law against 'hybris'*, in G.W. BOWERSOCK, - W. BURKERT - M.C.J. PUTNAM [ed.], 'Arktouros'. *Hellenic Studies presented*

(ovviamente nell'universo atomizzato della Grecia antica⁸⁴⁶); si impone una concezione 'panica' ed assorbente di *dike*⁸⁴⁷ nelle sue manifestazioni positive; si delinea un nuovo metro, in sé conglobante sia gli antichi criteri 'aretistici', sia la condanna - non più sotto il profilo del solo biasimo - delle condotte 'hybristiche', nella valutazione dell'agire dei consociati: «ciò che la legge comanda (o proibisce) in ogni circostanza, corrisponde al contenuto dei singoli atti di virtù: quello che comanda nella circostanza della guerra sono le azioni proprie della virtù del coraggio, quello che comanda riguardo ai piaceri ed alle passioni sono atti propri della virtù della moderazione, e così di seguito. Nella giustizia legale si

to B.M.W. Knox, Berlin-NewYork, 1979, 229 ss.).

⁸⁴² Vd. D. COHEN, *Law, Violence and Community in Classical Athens*, Cambridge, 1995, 83 (di recente supportato da V.H. WILLIAM, *Restraining Rage: the Ideology of Anger Control in classical Antiquity*, Cambridge, 2000, *passim*, e - seppur implicitamente - da E. CANTARELLA, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte: giustizia o assassinio?*, Milano, 2007, 26 ss.). Contro l'approccio - spesso effettivamente estremista di Cohen - si è scagliato più volte (e con argomenti degni di nota) E.M. Harris, ad avviso del quale «the courts were not delegated to be just another arena for citizens to pursue private feuds or to harass their enemies with suits lacking any legal merit» (E.M. HARRIS, *The Penalty for Frivolous Prosecutions in Athenian Law*, in *Dike*, II, 1999, 123 ss.; vd., inoltre, Id., *Open Texture in Athenian Law*, in *Dike*, III, 2000, 78 e nt. 84; Id., *Feuding or Enforcement? The Nature of Litigation in Classical Athens. An Essay in Legal Sociology*, in *Symposion 2001*, Wien, 2005, 125 ss.): condivido in pieno la frase di Harris nella sua ultima parte (le corti non potevano dar seguito a pretese «lacking any legal merit»), ma circa il fatto che concetti come quello di 'vendetta' o quello di 'onore' non giochino più un ruolo primario o che il giudizio non sia in Atene ancora una raffinata arena che istituzionalizza forze pregiudiziali (che rimangono comunque abbozzate e, agli occhi di un contemporaneo, alquanto visibili), il suo pensiero appieno non mi convince. Io credo che il dissidio tra le due posizioni (Cohen/Harris), apparentemente inconciliabili, possa in realtà essere composto, pensandosi ad una trasfusione in termini 'nomici' della pregressa griglia di valori, di modo che il primato del 'Rule of Law' non venga scalfito, ma i postulati della 'agonistic society' siano non estranei e antitetici, ma interni allo stesso ordine nomico della *polis*.

⁸⁴³ Contro l'idea espressa sulla scorta di E.A. Havelock (E.A. HAVELOCK, *Dike. La nascita della coscienza*², cit., 150 ss., 219 ss.) da M. Gagarin (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 3, 8 ss., 136, 144, il quale ritiene, tra l'altro, che sia 'Law' solo l'insieme delle norme formalmente riconosciute come tali, di regola, mediante la scrittura), in favore della tesi secondo cui *dike* - già in Omero - non sia procedura, ma «una serie di principi», vd. E. CANTARELLA, *Tra diritto e prediritto*, in *DHA*, XIII, 1987, 158 (che adduce numerosi argomenti contrari allo sviluppo dal 'pre-legal', attraverso il 'proto-legal', al 'fully legal', descritto dallo studioso americano).

⁸⁴⁴ J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 73.

⁸⁴⁵ Cfr., per tutti, G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele*, Bologna, 1993, 24 ss. (con ampia bibliografia sul tema, 151 ss.).

⁸⁴⁶ Se si considera l'ampio arco di tempo che unisce l'età micenea al 212 d.C. (anno in cui Antonino Caracalla, a mezzo del celeberrimo editto, attribuì a

assommano dunque tutte le virtù. Viste, a questo livello, come definienti la perfezione del singolo uomo, epperò come specificanti la 'sua' felicità»⁸⁴⁸.

Si infonde, così, nell'uomo greco (che, come ha rilevato Vernant, «non si separa dal cittadino»⁸⁴⁹) il sentimento di un'appartenenza comune opposta alle logiche del particolarismo. Aristotele, nella *Politica*, ricordava come Epimenide (precursore, per certi versi, di Solone in quanto collegato con Mirone e con la purificazione di Atene dal sacrilegio dopo la cacciata degli Alcmeonidi⁸⁵⁰) e Caronda designassero con il termine *homosipyoï* e *homokapoi* i membri dell'*oikos*, e come la *polis* altro non fosse che

quasi tutti gli abitanti dell'Impero la *civitas*, subordinandoli così *in toto* al diritto romano), è agile constatare come negli ampi territori occupati dai parlanti la lingua greca sempre si possa riscontrare (invero anche dopo l'affermarsi della *koinè* alessandrina) una pluralità di *societates* politicamente organizzate e indipendenti, ciascuna delle quali retta da un proprio sistema, intessuto di regole peculiari, tali da distinguerlo da qualsiasi altro, pur esistendo – ciò è vero e non va negato – strutture normative trasversali e comuni a più collettività: un tanto solo per comprendere come la dottrina contemporanea preferisca giustamente parlare di 'diritti greci', in antitesi a quella più risalente, convinta dell'esistenza di un 'diritto greco' (cfr., sul punto, M.I. FINLEY, *The Problem of Unity of Greek Law*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del I Congresso della Società italiana della storia del diritto*, Roma, 1963, 129 ss.; A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, cit., 33; A. BISCARDI, *Diritto greco e scienza del diritto*, in *Symposion 1974*, Köln - Wien, 1979, 1 ss.; M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, cit., 7 s.; E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 3 ss.; M. GAGARIN, *The Unity of Greek Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN [ed.], *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge, 2005, 29 ss.). Peraltro, la questione attinente ai diritti di Grecia antica, a mio avviso, ben riflette la speculare problematica linguistica, tanto che gli argomenti addotti ora per suffragare la tesi del greco quale unica lingua, ora per supportare quella dell'inesistenza di una unità possono essere addotti anche nel campo del diritto: a riguardo può essere utile la lettura di alcune belle pagine di un eminente filologo, O. LONGO, *Elementi di grammatica storica e dialettologia greca*, Padova, 1987, 1 ss.

⁸⁴⁷ Cfr. Xen. *mem.* 4.6.5-6; Plato *resp.* 339 b, 359 a; *Minos* 314 d; *Theaet.* 172 a; Arist. *eth. Nich.* 1130 a 8 ss. Cfr., sul punto, R. LAURENTI, *Aristotele. Il libro della giustizia (Etica Nicomachea V)*, Bari, 1978, 40 s.

⁸⁴⁸ M. ZANATTA, *Etica Nicomachea*, I, Milano, 1997, 533 s. Paradigmatico quanto scrive nel quinto libro dell'*Etica a Nicomaco* Aristotele (*Arist. eth. Nich.* 1129 b 11-27): è giusto (d...kaioj) chi si conforma al diritto (Ð d nòmimoj) ed è, di contro, ingiusto (¥dikoj) chi non lo ottempera (Ð par£nomoj); può concepirsi in un certo qual modo giusto (pwj d...kaia) ciò che viene prescritto dal diritto positivo (t; nòmima); il complesso delle disposizioni che danno vita al diritto positivo (ora prescrivendo certune condotte, t; m n keleÚwn, ora vietandone altre, t; d' ¢pagoreÚwn) si esprime in merito ad ogni ambito della vita di relazione dell'uomo; i contegni che debbono essere mantenuti da quest'ultimo, sulla base delle prescrizioni di diritto, corrispondono al contenuto positivo delle specifiche e singole virtù anzi la giustizia universale, così intesa, in sé assomma, a detta dello

un grande *oikos* i cui membri erano legati da somiglianza spirituale e comunanza materiale. Del pari, l'evoluzione semantica del sostantivo *authentēs* ci rende edotti del fatto che l'omicidio di un concittadino era avvertito in modo tale da provocare quello stesso sconvolgimento religioso, quello stesso 'sacrilegio' miasmatico che il crimine di sangue suscitava, in origine, nei soli parenti dell'ucciso: se *authentēs* designava, *in primis*, il soggetto attivo dell'uccisione di un consanguineo, successivamente, con il trapasso dalla 'ragion fattasi' alla repressione razionalizzata e istituzionalizzata in nome e da parte della *polis*, il sostantivo andò ad indicare l'omicida anche estraneo alla famiglia della vittima, il criminale in rapporto a tutti i consociati⁸⁵¹. Aristotele e Plutarco, di poi, non esitavano a esaltare quel principio 'accusatorio' della costituzione solonica secondo cui ciascuno aveva il diritto di intervenire a favore di chi fosse stato leso e di perseguire la *adikia* pur non essendone direttamente la vittima, in quanto il torto commesso nei confronti del privato era offesa verso l'intera compagine politica⁸⁵².

Ma, invero, lo spirito nuovo si manifestava a distanza di circa cento anni dalla stesura dei poemi omerici, già prima di Solone, in Dracone e nella fervente attività nomopoietica, tanto orientale quanto occidentale⁸⁵³, del settimo secolo a.C., subito dopo quell'assestamento che aveva garantito la sostituzione degli eccessi degli eroi e dei semidei alla *taxis* degli opliti e al *kosmos* della *polis*⁸⁵⁴: la legislazione ateniese sull'omicidio, in particolare, segnò il momento in cui detto crimine cessava di essere lasciato ai

Stagirita, tutte le virtù ed essa stessa, così, pare essere *krat...sth tîn çretîn e*, di conseguenza, non semplicemente parte della virtù (*oû mšroj çretÁj*), bensì virtù totale (*Ólh çret»*). Non mi convince, pertanto, l'idea espressa da C. NATALI, *Etica Nicomachea*, Roma - Bari, 1999, 487, nt. 406 e 488, nt. 412, secondo cui il riferimento aristotelico, con 't! nômima', sarebbe alla «legge morale» o «legge da intendere in senso ampio»: reputo infatti che sia implicito il riferimento al potere normativo dell'assemblea che pone in essere regole di condotta vincolanti o nella forma di *nômoj o*, subordinatamente, a quello espresso in *yef...smata* (sul passo, nel contesto della definizione aristotelica di 'giustizia', mi permetto di rinviare a C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del sunállagma di Aristone*, in L. GAROFALO [ed.], *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007, 3 ss.).

⁸⁴⁹ J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 123.

⁸⁵⁰ Cfr. Arist. *resp. Ath.* 1.

⁸⁵¹ L. GERNET, *Sur la désignation du meurtrier*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 29 ss.

⁸⁵² J.-P. VERNANT, *L'origine del pensiero greco*, cit., 77.

⁸⁵³ Cfr., sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 205.

⁸⁵⁴ Cfr. P. VIDAL-NAQUET, *Homère et le monde mycénien*, in *AESC*, XVIII, 1963, 719.

privati attraverso il regolamento di conti, giacché alla vendetta del sangue, sentita come socialmente vincolante per i parenti del morto (e foriera di indeterminabili cicli di uccisioni e contro-uccisioni), si sostituiva la ‘pena’, una repressione controllata ed eseguita in via esclusiva, entro il quadro ordinato della città, dalla (o per conto della) comunità stessa⁸⁵⁵. Un altro dato, in tal proposito, merita di essere ricordato: tale attività di legislazione (massimamente in tema di omicidio) non fioriva dal nulla, ma – come già in molti hanno avuto modo di mettere in luce⁸⁵⁶ – rappresentava l’esito più razionale di una antica pratica oracolare e di una ideologia fondamentalmente religiosa: il principio della impurità dell’omicida e la regolamentazione del *katharmòs*, derivava dall’oracolo delfico⁸⁵⁷ (e, come Oreste insegna nel suo dialogo con Atena, ‘purezza’ e ‘irresponsabilità’ erano equivalenti⁸⁵⁸); inoltre, da un prologo ‘magico’, ossia da una *epodè*, Caronda avrebbe fatto precedere le sue leggi per la città di Catania, sì da ‘incantare’ chi avesse avuto il proprio spirito ossessionato dal pensiero di atti criminali, così testimoniandosi che la repressione era concepita come un *posterius* rispetto alla *goeteia* (magia purificatrice), allo ‘charme’ della parola cantata per calmare il criminale (presentato, peraltro, come un posseduto da un *daimon* malvagio, incarnazione di un *miasma* originario)⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ Secondo la celebre interpretazione di E. CANTARELLA, *Studi sull’omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, 79 ss., Dracone, più precisamente, avrebbe previsto tre tipologie di omicidio, quello volontario premeditato, quello non premeditato, quello colposo, e avrebbe previsto la pena dell’esilio per la seconda fattispecie: *contra*, vd. M. GAGARIN, *Drakon and Early Athenian Homicide Law*, New Haven, 1981, *passim* (ad avviso del quale l’esilio seguiva sia per l’omicidio volontario che per quello involontario).

⁸⁵⁶ Vd., per tutti, P. GUTHRIE, *The Greeks and their Gods*, London, 1950, 183 ss.

⁸⁵⁷ Cfr. H.J. TRESTON, ‘Poinè’. *A Study in Ancient Greek Blood Vengeance*, London, 1923, 160 ss.; Plato *leg.* 865 b; Schol. Plato *leg.* 865 b.; cfr., per Sparta, Plut. *Lyc.* 6.2. Sulla purificazione e sul *miasma*, vd. M. VISSER, *Vengeance and Pollution in Classical Athens*, in *JHI*, XLV.2, 193 ss.; J.W. HEWITT, *The Necessity of Ritual Purification after Justifiable Homicide*, in *TAPA*, XLI, 1910, 99 ss.

⁸⁵⁸ Aeschl. *eumen.* 445-453; cfr., in particolare, R. PARKER, ‘*Miasma*’: *Pollution and Purification in early Greek Religion*, Oxford, 1983, 366 ss.

⁸⁵⁹ Vd. J.-P. VERNANT, *L’origine del pensiero greco*, cit., 75 s.; su Caronda cfr., in particolare, Arist. *pol.* 1274 a - b; Diod. Sic. 12.12-20; cfr., altresì, quanto al canto magico contro i criminali, Plato *leg.* 854 a - 855 a.: secondo Cicerone proprio da Caronda e da Zaleuco il filosofo avrebbe derivato l’idea del prologo magico del IX libro delle ‘Leggi’: Cic. *leg.* 2.14-16 (cfr., su Platone e sulla sua ‘teocrazia’ legale, le illuminanti pagine di M. VEGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Torino, 2003, 241 ss.). Segnalo, altresì, con Eva Cantarella (E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 22), le ‘imprecazioni’ in funzione di sanzione presenti nella legge di Theos (470 a.C.).

Gli strumenti di *dike* non erano solo, quindi, gli strumenti del puro 'diritto': la giustizia, più ampiamente, si avvaleva di un armamentario che non si limitava al riconoscimento previo di diritti, all'impiego di mezzi processuali 'laicizzati' - che, invero, altro non erano che razionalizzazione e limitazione della originaria violenza incontrollata degli appartenenti ai *gšnh*⁸⁶⁰ -, ma si avvaleva altresì della forza di concetti ancestrali, quale quello di contaminazione, e del potere catartico della magia, così come non intendeva (o forse non aveva ancora la forza sufficiente per) abolire *in toto* il ricorso 'pre-giuridico' dell'attività dei privati tenuti, per primitive ragioni connesse sia al prestigio sociale sia al biasimo provocabile in caso di inattività, a farsi 'giustizia da sé'⁸⁶¹.

⁸⁶⁰ Come ben mette in luce A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 357, lo scoccare della scintilla di *dike* nella sua accezione processualistica, quale sinonimo del meno frequente *agòn*, conduce alle origini del processo come incidente nell'esercizio di un atto di esecuzione: «nella Grecia arcaica ... il fenomeno processuale sboccia non dall'arbitrato ma dalla legalizzazione dell'autodifesa. Ecco perché la *dike*, nel caso concreto significato di 'azione', altro non fu nella sua genesi che uno strumento di autodifesa conforme a giustizia, onde in caso di resistenza da parte del soggetto passivo la tutela dell'ordine pubblico esige la pronuncia di un organo giudicante della *polis* per concedere o negare il nulla osta al compimento dell'atto esecutivo. Così la *dike* venne ad essere considerata il mezzo per ottenere, se necessario, la pronuncia dell'organo giudicante a sostegno della propria pretesa: ed azioni giudiziarie o *dikai*, aventi probabilmente origine consuetudinaria, sono previste già nella legislazione solonica e addirittura in quella dracontina». L'idea (che slega prassi arbitraria e processo) è ascrivibile, nella sua originaria formulazione, a H.J. WOLFF, *The Origin of Judicial Litigation among the Greeks*, cit., 131 ss., poi rielaborata da L. GERNET, *Sur la notion de jugement en droit grec*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 61 ss. (conforme E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 253 e nt. 130). *Contra*, tra i molti, vd. M. POHLENZ, *L'uomo greco*, trad. it., Firenze, 1962, 191, che - in un'ottica, direi, sociologica - riconnette l'origine di *dike* alla prassi arbitraria lentamente affermatasi sopra il convincimento che le parti potevano risolvere in modo pacifico le liti; A. STEINWENTER, *Die Streitbeendigung durch Urteil, Schiedsspruch und Vergleich nach griechischem Rechte*, München, 1925, G.M. CALHOUN, *Introduction to Greek Legal Science*, Oxford, 1944, 7 ss. (cfr., in parziale disaccordo con Wolff e Gernet, S.C. HUMPHREYS, *The Evolution of Legal Process in Ancient Attica*, in E. GABBA [ed.], *'Tria corda'. Scritti in onore di A. Momigliano*, Como, 1983, 229 ss.).

⁸⁶¹ Il problema della demarcazione cronologica tra sfera del 'droit' e sfera del 'prédroit' è aperto e non solubile *una tantum et in complexu*. Con Eva Cantarella (E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, in *Studi Storici*, I, 1984, 75 ss., 78 che parla di «prediritto» come di una «soluzione di una tensione, rappresentata dal desiderio di superare la distanza formale tra il diritto e ciò che non è tale»), anche Henry van Effenterre si domanda «si la *polis* ... n'a pas conservé bien des conduits du prédroit au moment même où, par ailleurs, s'y élaborait le droit» e nota che «il serait facile de montrer, jusque dans le droit contemporain, la survivance de ces attitudes préjuridique, par exemple en matière de serment, de secret professionnel, voire de droits de l'homme» (H. VAN

Il rapporto tra vendetta (indiscriminata) e sanzione penale - con tutte quelle sfumature intermedie tra i due poli che concernono sia le ipotesi di ammissione consuetudinaria di alternative originariamente convenzionali alla 'ragion fattasi', quale il pagamento da parte dell'offensore del cd. 'Wergeld'⁸⁶², sia il riconoscimento 'statuale' (*rectius*: comunitario) della vendetta entro l'ordine giuridico vigente⁸⁶³ - è espressione sintomatica del non sempre cristallino e intelligibile rapporto intercorrente tra quelle due sfere che Louis Gernet ha evocativamente definito 'prédroit' e 'droit', in una antitesi che, invero, non si esaurisce semplicisticamente in termini di opposizione tra religioso (o, più

EFFENTERRE, *Droit et prédroit en Grèce depuis le déchiffrement du linéaire B*, in *Symposion 1985*, Köln - Wien, 1989, 3, che - peraltro - anticipa storicamente il passaggio in questione sulla base della considerazione che pure la civiltà dei Palazzi deve aver avuto un suo 'droit': lo studioso, peraltro, nota come l'apparizione di quella che Gernet aveva chiamato la 'funzione giuridica autonoma', non avrebbe affatto eliminato l'eredità anzitutto magico-religiosa profondamente integrata nel tessuto sociale. Anzi, già altri hanno messo in luce come la *polis* avrebbe finanche proiettato le sue istituzioni nella sfera dell'ordine divino, piegando τὸ φέρῶν ai propri scopi (A. MAFFI, Τῆς φέρῆς κατὰ τὴν Ὀσία. *Contributo allo studio della terminologia giuridico-sacrale greca*, in *Symposion 1977*, Köln - Wien, 1982, 33 sss.; cfr., altresì, sul dinamismo 'droit'/prédroit', A. TADDEI, *Louis Gernet, 'Eranos'. Presentazione. Traduzione e commento*, in *Dike*, II, 1999, 22; A. COLORIO, *Cervello, diritto ed evolucionismo tra preistoria e storia*, in A. DANIELLI - V. SCHIAFFONATI [ed.], *Le forme della mente. Percorsi multidisciplinari tra modularismo e connessionismo*, Bologna, 2007, 184 ss., il quale, con il Gernet, sottolinea la continuità e la gradualità dell'«evoluzione strutturale» di ogni civiltà, anche se, a mio parere, è più corretto 'atomizzare' il prédroit nei singoli istituti di una civiltà). Di natura diversa la discussione tra Burchfiel e Behrend, in occasione del *Symposion* del 1993, vertente sulla portata critica di una nozione (quella di prediritto) che si vorrebbe ridurre a sola 'Faszination' (K.J. BURCHFIEL, *The Myth of 'Prelaw'*, in *Symposion 1993*, Köln - Weimar - Wien, 1994, 79 ss.; D. BEHREND, *Diskussionsbeitrag*, in *Symposion 1993*, Köln - Weimar - Wien, 1994, 105 ss.).

⁸⁶² Come, più volte, ha avuto modo di sottolineare brillantemente Eva Cantarella, già presso le comunità omeriche esistevano meccanismi di controllo che erano volti alla contenenza delle 'devianze' e alla limitazione delle controversie (a mezzo di strumenti di tipo convenzionale) e norme consuetudinarie che regolavano lo svolgimento della vendetta - non più quindi assoluta e incontrollata 'ragion fattasi' - fisiologica conseguenza (e non sanzione!) di ogni contegno lesivo della *timè* e che vedeva come attivi protagonisti non solo i parenti, ma tutti coloro che erano legati all'offeso da rapporti stabili se non permanenti (E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 225 ss.; cfr., altresì, C. GIOFFREDI, *Responsabilità e sanzione nella esperienza penalistica della Grecia arcaica*, in *SDHI*, XL, 1974, 1 ss.). Attesa la natura di 'shame-culture' della società omerica (in quanto fondata 'anzitutto' - e non esclusivamente - su modelli positivi), la vendetta si imponeva come dovere 'sociale' tale che chi, pur essendone tenuto, non la compiva, era riprovato socialmente (e nulla era considerato più infamante di una morte senza vendetta: cfr. Hom. *Od.* 1.298-300; 1.376-380; 2.202-209): alla 'vendetta pura', quale unica conseguenza dell'offesa ben presto però si affiancarono soluzioni alternative di ricomposizione

latamente, magico-religioso) e giuridico. Il primo polo, infatti, è contraddistinto – stando alle parole dello stesso Gernet – dalla mancanza di una «spécialisation de temps et de lieu, du personnel et des moyens opératoires» e in sé assomma «certaines conduits traditionnelles où les gestes et le verba ont une vertu ... dont la signification et les effets sont analogues à ceux qui transparaissent dans le droit lui-même»⁸⁶⁴ e, indice di una efficacia 'altra' rispetto a quella propria del pianodel diritto, involge rapporti non ancora concepibili in termini giuridici, e non ancora giudizialmente coercibili: il «prédroit» sarebbe, quindi, «un état où les relations que nous nommons juridique seraient conçues selon un autre mode

della violata *timè*. Chi, infatti, aveva commesso un atto che richiedeva vendetta e voleva sottrarsi a quest'ultima, *in primis*, era 'fattualmente' in grado di ottenere tal risultato recandosi in esilio (e chi, meno forte degli offesi, abbandonava la patria poteva evitare la rappresaglia, sempre a patto che i vendicatori non riuscissero a raggiungerlo: *Od.* 15.272-278), anche se – come insegna G. GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, 47 ss. – la vendetta si estendeva, invero, a tutti i membri del gruppo dell'offensore nonché ai suoi discendenti (*Il.* 24.734-737). In secondo luogo, si andò affermando – una volta sostituitosi il principio della solidarietà passiva con quello della personalità in tema di responsabilità – la consuetudine per cui l'offensore, pagando pubblicamente una *poinë* e ammettendo anche non espressamente di non essere all'altezza – ossia di non avere *aretè* a sufficienza – di far fronte all'esercizio della vendetta, riconosceva la superiorità dell'offeso (o del suo gruppo): la necessità (dettata dal codice dell'onore) di procedere alla rappresaglia veniva meno e a chi aveva accettato la *poinë* era fatto divieto di vendicarsi (cfr. C. GIOFFREDI, *Responsabilità*, cit., 35 ss.), laddove, ovviamente se la *poinë* proposta dall'offensore non trovava concorde la parte lesa, al primo non restava che la via dell'esilio (E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 233 ss. contro l'interpretazione di H.J. TRESTON, '*Poinè*', cit., 27 ss., 38; vd., altresì, sul tema, per un approccio sociologico, M.P. MITTICA, *Il divenire dell'ordine*, cit., 204 ss.).

⁸⁶³ Lo scudo di Achille con la celeberrima descrizione del processo concernente la *quaestio facti* dell'avvenuto o meno pagamento della *poinë* a seguito di un omicidio (*Hom. Il.* 18.497-508), testimonia il passaggio da uno stadio in cui il mondo greco legava la repressione delle offese alla mera 'ragion fattasi' lasciata all'arbitrio delle parti, ad una fase in cui la vendetta pare, invece, non ancora sostituita dalla 'pena', ma embrionalmente assoggettata al controllo – parziale – della collettività in ordine alla modalità – e ancor prima alla liceità – di esecuzione: cfr., per la interpretazione tradizionale del passo, *in primis*, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio*, cit., 73 s.; EAD., *Lo scudo di Achille: considerazioni sul processo nei poemi omerici*, in *RISG*, XVI, 1972, 247 ss.; EAD., *Norma*, cit., 251 ss.; EAD., *Dispute Settlements in Homer. Once Again on the Shield of Achilles*, in *Mélanges en l'honneur du Panayotis Dimakis. Droits antiques et société*, Athens, 2002, 147 ss.; nonché, *ex plurimis*, G.M. CALHOUN, *The Growth of Criminal Law in Ancient Greece*, Berkley, 1927, 18; quanto alla versione che reputa che la questione – *iuris* e non *facti* – attenga alla accettabilità della *poinë*, vd., da ultimo, M. GAGARIN, *Early Greek Law*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 82 ss. Cfr., altresì, R. WESTBROOK, *The Trial Shield in the Iliad*, cit., 53 ss. e ntt. 3-4 (con accurati richiami di bibliografia), che poco persuasivamente sostiene la tesi 'miceneo-orientale' della giustizia dei 'vecchi', sicché lo studioso

de pensée que le droit proprement dit»⁸⁶⁵. Il secondo polo, il 'droit', è descritto, nella sua generalità, come «une technique autonome» che presuppone le istituzioni organizzate proprie di «un minimum d'Etat»⁸⁶⁶; Gernet sottolinea il trapasso a una «fonction autonome» dotata, nelle sue plurime manifestazioni, a seconda del tempo e del luogo, di una «unité irrécusable», il trapasso a una «fonction psychologique» incarnata in un «système de représentations, d'habitudes de pensée et de croyances» ordinate attorno ad una nozione specifica, quella, appunto di «droit»⁸⁶⁷.

non mi pare affatto cogliere nel segno per numerosi fattori: anzitutto perché la *poinë* non poteva esser imposta, di poi perché non era predeterminabile nel suo ammontare; infine perché dai poemi non sembrano emergere regole che distinguono l'atteggiamento psicologico dell'omicida (e tutto ciò contro quanto sostenuto, per l'appunto, dal Westbrook).

⁸⁶⁴ L. GERNET, *Introduction*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 2. Il concetto di 'prediritto' emerge la prima volta nella produzione di Gernet nell'anno 1938, in uno scritto (*Id.*, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, in *AHDO-RIDA*, II, 1938, 261 ss.) in cui l'autore - solo parzialmente - prende le distanze dal modello glotziano che aveva seguito nelle *Recherches* del 1917 (criticando della *Solidarité* l'eccessiva devozione alla «tradition sentimentale d'humanisme», l'impiego del concetto di *genos*, l'idea di una originaria unitarietà del diritto), ma ne esalta la ricerca 'mitologica' del punto di partenza dello sviluppo giuridico, ossia lo studio teso a ricavare dal mito dati istituzionali quali consuetudini e istituzioni e a spiegare talune 'credenze' - di cui alcuni studiosi rilevavano solo la stranezza - nel loro rapporto con i 'riti'. Riti che assurgevano a «droit en puissance», vale a dire ad un «prédroit» che si contrapponeva a un diritto inteso come «fonction des sociétés au milieu desquelles on l'observe» (*Id.*, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, cit., 276). Sarà però in *Droit et prédroit en la Grèce ancienne* (in L. GERNET, *Anthropologie de la Grèce antique*, Paris, 1968, 175 s.) che Gernet, prendendo le distanze da Huvelin e da Leist, e abbandonando la tricotomia morfologica di Glotz ('famille souveraine', 'cité contre la famille', 'cité souveraine'), cui corrisponde la sequenza pensiero religioso/pensiero magico/pensiero giuridico, consacra l'opposizione tra prediritto e diritto, in seno ad una ricerca espressamente devota allo studio della 'funzione giuridica' come «fonction sociale» e come «fonction psychologique» (*Id.*, *Droit et prédroit*, cit., 177). Il diritto, così inteso, secondo Gernet, è traduzione dei 'rapporti sociali' in forme simboliche prodotte da un pensiero astratto e positivo, laddove prima di tale traduzione sono le tecniche del prediritto - espressione di un pensiero «sentimentale et indéterminée» - a conferire efficacia a tali rapporti: seppur Gernet non concepisce più la realtà come un fatto psichico collettivo, vero è che ancora in *Droit et prédroit* gli influssi del Durkheim si fanno sentire (per quest'ultimo il diritto, infatti, è un simbolo visibile della solidarietà sociale, una funzione sociale e pubblica di cui tutti gli individui - pur a titolo diverso - sono funzionari, campo di interazione privata intersoggettiva: cfr. E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it., Torino, 1999, 86).

⁸⁶⁵ L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 176.

⁸⁶⁶ L. GERNET, *Introduction*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 2.

Entro tale schema - in una dialettica che, credo, sia quella tra differenziazione e indifferenziazione⁸⁶⁸ - Gernet, nel proposito di estendere l'armamentario del pensiero giuridico a campi estranei a quest'ultimo, sì da rendere i confini del 'giuridico' più 'fluidi', indica la derivazione delle pratiche 'procedurali' da contegni che risultano pienamente intelligibili solo se inseriti in un contesto il cui pensiero è, per l'appunto, diverso rispetto a quello del mondo del diritto: così, non solo il campo 'religioso', ma anche quello 'ludico' e 'agonale' (che la società omerica ben attesta attraverso la descrizione di gare memorabili⁸⁶⁹) si impongono quale contesto imprescindibile, i cui istituti e la cui terminologia verranno trasfusi nella sfera di operatività e nel lessico giuridici (essendo, paradigmaticamente, l'agone sia il luogo prestabilito per le decisioni scaturenti dalla 'lotta', sia la sede della decisione scaturente dalla 'sentenza'⁸⁷⁰).

⁸⁶⁷ L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 177. Incisivamente Eva Cantarella parla di «forze che compongono l'osservanza di determinate norme di comportamento là dove (come nella società omerica, appunto) non esiste ancora uno Stato capace di costringere con la forza i consociati a osservare le regole» (E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 20).

⁸⁶⁸ Cfr. M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma - Bari, 1994, 196, secondo il quale «il prediritto è un modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo». Sul punto vd., altresì, D. DE SANCTIS, *Alla ricerca del 'prédroit' come discorso sul metodo*. Louis Gernet, per una sociologia del diritto, in L. GERNET, *Sulla nozione di giudizio in diritto greco*, Torino, 2007, 48 ss., nonché E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, cit., 78.

⁸⁶⁹ Cfr. W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, trad. it., Torino, 1980, 155.

⁸⁷⁰ L. GERNET, *Jeux et droit*, in Id., *Droit et société*, cit., 18 ss. L'influsso di M. Weber pare evidente, atteso che secondo quest'ultimo - stando all'interpretazione di S. Andrini - «la procedura diventa il modo di rappresentare, mostrandone lo stato nascente, il passaggio dalla società al diritto» (S. ANDRINI, *La pratica della razionalità. Diritto e potere in Max Weber*, Milano, 1990, 24): lo stesso Gernet, del resto, non esita ad affermare che ove un attore sia portato dinanzi ad una giustizia, quantunque rudimentale, a far valere una sua pretesa, l'idea del diritto si dispiega in uno spazio sociale del tutto diverso rispetto a quando si soddisfa di esecuzioni tradizionali, ossia attività private inconsciamente lecite (L. GERNET, *Droit et prédroit*, cit., 278): come noto l'esistenza di norme sulle procedure sarebbero l'elemento discriminante tra fase pregiuridica e fase protogiuridica secondo il Gagarin (M. GAGARIN, *Early Greek Law*, cit., 3 ss.). Diverso, invero, l'approccio antropologico di un Hoebel o di un Pospisil: ad avviso del primo l'elemento discriminante tra società e diritto sarebbe l'attribuzione ad agenti socialmente autorizzati di un potere coercitivo fisico (potere non necessariamente statale), in quanto tra i valori di una cultura assurgono a norma di diritto quei postulati la cui infrazione, in modo costante, viene contrastata con l'applicazione o la minaccia di una forza (A. HOEBEL, *Il diritto nelle società primitive*, trad. it., Bologna, 1974, 43); seguendo il secondo - che molto deve a Hoebel, seppur se ne discosta sotto il profilo dell'uso sanzionatorio della forza - il diritto è un «institutionalized social control» i cui elementi essenziali sono l'autorità politica (che manifesta 'il diritto' e che forza o induce al

Il flusso continuo⁸⁷¹ tra le forze del 'prédroit' e gli istituti del 'droit' non è, pertanto, convogliabile in un solo canale, ma molteplici sono i condotti irradiati dalla medesima sorgente: il canale magico (che lega gesti, parole, oggetti, colori alla produzione 'simpatICA' di determinati effetti⁸⁷²), ad esempio, è seguibile nel trapasso semantico dal 'Órkon ĐmnÚnai' quale atto di 'Zauberai' consistente nell'afferrare con forza il bastone⁸⁷³, all'atto e religioso e giuridico di 'prestare giuramento'⁸⁷⁴. Quello dei «jeux» ben è dimostrato, invece, nel meccanismo di assegnazione dei premi come descritto da Omero con riguardo a quelli funebri banditi da Achille in onore di Patroclo: da un lato, la «mainmise sur le prix», su iniziativa del vincitore e la ratifica della comunità abbozzerebbero gli elementi di quel potere individuale che, *sub specie iuris*, non si esiterebbe oggi a chiamare proprietà; dall'altro, le contestazioni a fine gara (si pensi, dopo la celeberrima competizione coi carri, alla disputa 'potenziale' tra Antiloco ed

rispetto), il vincolo 'duty-right' (riconoscibile dall'autorità), l'intenzione di applicare in modo costante, una sanzione (L. POSPISIL, *Anthropology of Law. A comparative Theory*, New York, 1971, 39 ss.). Due dati paiono accomunare, rispettivamente, i tre autori (Gagarin, Hoebel, Pospisil), da un lato, e solo Gagarin e Pospisil, dall'altro: la pressoché totale irrilevanza *sub specie iuris* della consuetudine, nonché la convinzione che il diritto si manifesti sempre in una forma giudiziale. Il che mi pare alquanto opinabile.

⁸⁷¹ Uso l'immagine del 'canale' e del 'flusso', benché cosciente del fatto che, come sottolinea Gernet stesso «le rapport entre droit et prédroit apparait différent suivant les espèces», in quanto «il y a des continuités ou des transpositions» e «il y a aussi des antithèses» (L. GERNET, *Introduction*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 2).

⁸⁷² Cfr., più ampiamente, sul punto, E. CANTARELLA, *Diritto greco*, cit., 22 ss. che rammenta, paradigmaticamente, le «suppliche obbligatorie» della Grecia precittadina (in una con il celebre caso di Charila, su cui vd. EAD., *I supplizi capitali*, cit., 9 ss.), nonché il ricorso alle $\epsilon\tau\alpha\lambda\alpha$ («'imprecazioni' in funzione di sanzione»); vd., altresì, sulle linee di ricerca di Gernet, E. CANTARELLA, *A proposito di diritto e prediritto*, cit., 75 ss.

⁸⁷³ Vd. A. CALORE, *'Per Iovem Lapidem'. Alle origini del giuramento. Sulla esperienza del sacro nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 38. Cfr., per ulteriori ipotesi di «integrazione» (ma io sarei più propenso a parlare di 'traduzione'), A. COLORIO, *Cervello, diritto ed evoluzionismo*, cit., 186 s. e ntt. 76 ss. (in tema di giuramento elastico ed efebico); nonché E. CANTARELLA, *Itaca*, cit., 74, in merito alla 'legge di ospitalità'; notevoli riflessioni sul rapporto tra «protodiritto» (vocabolo di cui non mi convince però l'impiego in vece di prediritto, essendo definito come «ciò che sta prima del diritto e lo condiziona nella sua formazione») e diritto - e precisamente in merito alla «aspettativa di reciprocità» - si possono leggere in F. ROMEO, *Esplorazioni nel diritto artificiale*, in *I-lex (Scienze giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenze Artificiali. Rivista quadrimestrale on-line)*, 1, 2004, 37 ss. e nt. 60.

⁸⁷⁴ Sulla funzione del giuramento processuale vd. G. THÜR, *Zum dikēzein bei Homer*, in *ZSS*, LXXXVII, 1970, 426 ss.; *Id.*, *Oaths and dispute Settlements in Ancient Greek Law*, in L. FOXHALL - A.D.E. LEWIS (ed.), *Greek Law*, cit., 57 ss.

Achille risolvibile con il duello⁸⁷⁵; o a quella tra Menelao e Antilocho, risolta col deferimento di un giuramento decisorio, ma risolvibile *in primis* con il ricorso alla assemblea⁸⁷⁶) avrebbero in sé tutti i germi del processo («les jeux» sarebbero, cioè, «des milieux où se sont définies les notions et les attitudes qui sont explicatives de la procédure la plus ancienne»)⁸⁷⁷. Infine quello della vendetta (stilizzato storicamente in forma simbolico-sacrale) ben si evidenzia nella 'dichiarazione di guerra' ad opera dei legittimati attivi della d...kh f'Onou sulla tomba dell'ucciso, nell'atto di piantare una lancia⁸⁷⁸: l'esperimento dell'azione, all'evidenza, era l'evoluzione di un'originario 'self-redress'.

Entro la cornice della ricostruzione gernetiana, un ruolo principe innegabilmente ha giocato la mitologia greca⁸⁷⁹: il banchetto di Tantalo, lo scambio delle armi, il mito di Prometeo, il sacrificio dei sovrani atlantidei, difatti, hanno offerto allo studioso francese un sostanzioso materiale fecondo per riflessioni circa quei contegni primitivi inseriti, in una antitesi assoluta con l'astrazione caratteristica del 'pensée juridique', nel cuore del 'prédroit'. In modo concorde tra le sue diverse manifestazioni, il mito mette in luce il nesso che unisce la 'violenza' (privata, agonale, sacra) al 'droit', quale «sterilizzazione del conflitto»⁸⁸⁰: violenza naturale e incontrollata là dove non vi siano norme capaci di disciplinare il ricorso ad essa e sanzionarne l'abuso; violenza incardinata in un sistema attraverso (più o meno) raffinate ritualizzazioni che in sé mascherano o, comunque, ricordano - nella loro struttura interna, nei loro segni esterni - l'indiscriminato ricorso ad originari atti di mera ritorsione.

Se i miti, tuttavia, non dicono alcunché sui caratteri strutturali del proto-diritto, essi, comunque, rispecchiando quello stato di

⁸⁷⁵ Hom. *Il.* 23.553-554: seguo, qui, l'interpretazione di G. THÜR, *Zum dikēzein bei Homer*, cit., 443 s. (che ritiene che il riferimento non sia affatto al ricorso alla vendetta, ma all'*ordalium*; *contra*: E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 219).

⁸⁷⁶ Hom. *Il.* 570-585: cfr. G. THÜR, *Zum dikēzein bei Homer*, 426 ss. che pensa - persuasivamente - al dikēzein di Menelao come a 'proporre un mezzo formale di soluzione della controversia' (ma contro la generalizzazione di tale dominio semantico vd. E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 219 s. e nt. 28, sulla scorta di M. TALAMANCA, *Dikēzein e kr...nein nelle testimonianze greche più antiche*, in *Symposion 1974*, Köln - Wien, 1979, 103 ss.).

⁸⁷⁷ L. GERNET, *Jeux et droit*, in *Id.*, *Droit et société*, cit., 18.

⁸⁷⁸ Cfr. Dem. 47.68 ss.

⁸⁷⁹ Della quale uso abbondante già aveva fatto il Glotz e sulla quale il Gernet aveva condotto un'analisi non tanto deputata alla ricostruzione sincronica di un corpo di norme primitive, quanto alla interpretazione diacronica del trapasso da prediritto a diritto: cfr., in tema, A. MAFFI, *Le 'Recherches' di Louis Gernet nella storia del diritto greco*, in *Quaderni di storia*, XIII, 1981, 25 ss., 31.

⁸⁸⁰ D. DE SANCTIS, *Alla ricerca*, cit., 58.

violenza cui – nel flusso delle forze pregiuridiche alla ‘fonction autonome’ – si rifà la stessa esperienza giuridica arcaica⁸⁸¹, rimarcano con insistenza lo stato di assoluta precarietà delle comunità pre-giuridiche e alludono ad una violenza cosmica di cui parteciperebbe ‘naturalmente’ l’uomo stesso: una violenza che nella sua forma caotica deve essere abbandonata attraverso un’atto di frattura (non netta e assoluta, ma comunque effettiva); una violenza che René Girard ha invocato quale realtà fondatrice del diritto, scaturigine del vincolo aggregativo ed esorcizzabile attraverso il convoglio della aggressività collettiva nella vittima sacrificale⁸⁸², giacché «in tutte le istituzioni umane, si tratta di riprodurre, per il tramite di nuove vittime, un linciaggio riconciliatore»⁸⁸³. Una violenza che Heidegger ha identificato nel *Polemos* eracliteo, matrice e custode (*Logos*) del diritto⁸⁸⁴.

Il diritto, nato più che da un ‘evento-frattura’⁸⁸⁵ da un ‘evento-traduzione’, è ‘indicazione’ e ‘confine’⁸⁸⁶: non è annichilimento della violenza primeva, ma sua istituzionalizzazione; non è negazione del potere religioso posseduto dalle ‘armi’ – con cui i *gšnh* si affrontavano – delle formule rituali e delle prove consuetudinarie decisorie (per cui il ‘giudice’ si limitava alla constatazione e alla dichiarazione della vittoria al termine della prova di forza, senza alcuna ingerenza conoscitiva di natura sostanziale), ma è evoluzione delle modalità di ricerca della verità processuale; non è, come si è sostenuto, «esigenza esistenziale» di dare una risposta sia «a una pressione angosciosa e angosciante che ossessiona», sia «a quel desiderio di violenza che troviamo dentro di noi»⁸⁸⁷, ma è – nella sua natura limitativa e cogente – quella stessa violenza che viene sistematizzata in modelli che non sono più magici, religiosi, ludici, tragici, ma che nella loro fattura, ora autonomamente giuridica, in ogni modo presentano all’occhio attento elementi

⁸⁸¹ E ciò sia nei suoi più deboli primordi ove la vendetta, *ab origine* lasciata ai privati, viene ‘giuridicizzata’ mediante limitazione, sia nelle sue fasi più avanzate ove è l’ordinamento a farsi carico dell’azione repressiva.

⁸⁸² R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, trad. it., Milano, 1980, 388 s.

⁸⁸³ R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, trad. it., Milano, 2001, 71.

⁸⁸⁴ M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, trad. it., Milano, 1968, 72 s.

⁸⁸⁵ Cfr., in questi termini, F. D’AGOSTINO, *Per un’archeologia*, cit., 11 ss.

⁸⁸⁶ Cfr., in tema, per l’originario significato etimologico di *dike*, quale ‘confine’, R. PALMER, *The Indo-European Origins of Greek Justice*, in *TPhS*, 1950, 149 ss.; cfr., altresì, per la *communis opinio* (indicazione), E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, cit., 363 ss.; infine, per l’innovativo approccio, vd. G. SEMERANO, voce *d...kh*, in *Le origini della cultura europea*, II.1, cit., 75.

⁸⁸⁷ F. D’AGOSTINO, *Per un’archeologia*, cit., 12.

simbolici di sovrapposizione e compenetrazione di tecniche e rappresentazioni diverse.

Così, c'è stato chi con parole di grande impatto ha consacrato le Erinni a segno della 'Nachtseite' del pensiero greco, fondatrice dell'ordine giuridico e politico stesso: «le Erinni, le divinità la cui collera non può mai essere placata, esprimono in fondo l'inesorabile ostilità delle cose a ogni ventura umana; il fio che ogni umana azione ha prima o poi da scontare; la minaccia nascosta in ogni situazione, l'elemento tenebroso per cui non c'è azione, condizione o fortuna scevra d'ingiustizia e di colpa e il quale, dunque, nel colmo della gioia o della fortuna, ci fa temere l'improvvisa sventura»; ma al contempo, s'è scritto, «le Erinni sono ... la pena insita nel crimine, la vendetta interminabile della natura offesa», nonostante il criminale sia «incolpevole, vittima di un ingranaggio irresistibile, spinto da un Dio, come Oreste o Ippolito, a violare la legge di un altro Dio»⁸⁸⁸. La violenza delle Erinni, nella bella pagina del Chiaromonte, assurge a indistinto segno delle conseguenze negative dell'offesa, responsabilità penale nel mondo del diritto, vendetta indiscriminata nel mondo del 'prédroit', in un 'uno' che testimonia gli spesso labili confini tra le due sfere, nonché la sottile linea rossa che congiunge questi due estremi⁸⁸⁹. Due estremi, per l'appunto, tra i quali si sviluppa il tragico 'Dasein' dell'uomo che in quanto destinatario, artefice e spettatore della violenza (pregiuridica e giuridica), e in quanto stretto tra l'impulso originario e naturale al superamento di ogni limite e il *modus* secondario imposto dall'ordine del vivere associato, è heideggerianamente 'das Unheimlichste', la cosa più inquietante tra le inquietanti (ovverosia τὸ deinòtaton nel Coro dell'Antigone sofoclea⁸⁹⁰). Che il diritto non sia negazione della violenza, ma sua

⁸⁸⁸ N. CHIAROMONTE, *Lecture greche*, in *Id.*, *Silenzio e parole. Scritti filosofici e letterari*, Milano, 1978, 47.

⁸⁸⁹ Cfr., sulla fluidità dei *finis* del diritto in Grecia, L. GERNET, *Introduction à l'étude du droit grec ancien*, cit., 7, secondo cui in un diritto come quello di Atene, in cui il criminale non è sempre oggetto di una isolata considerazione, in cui l'assassino è perseguito a mezzo di azioni private, in cui alcune procedure interessano ora il diritto pubblico ora quello civile, non è possibile stabilire delle nette frontiere.

⁸⁹⁰ Cfr., per la traduzione dei vv. 332-375 della tragedia sofoclea, E. EHRENBERG, *Sofocle e Pericle*, trad. it., Brescia, 1958, 90 ss. La letteratura non può che essere sterminata: in tema vd., recentemente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (ed.), *La legge sovrana. 'Nomos Basileus'*, Milano, 2006, 21 ss.; ma sul punto rimane, a mio avviso, impareggiabile la trattazione filosofico-giuridica di F. CANCELLI, *Le leggi divine di Antigone e il diritto naturale*, Roma, 2000, 119 ss., che riconduce la legge sulla sepoltura richiamata da Antigone contro il *κρυγμα* di Creonte (Soph. *Antig.* 447 ss.), non al 'diritto naturale', non ad un mero senso di pietà fraterna, ma al diritto

conservazione regolamentatrice e disattivante, è ben illustrato, del resto, dal rapporto simbolico tra lancia e scettro, come ha sottolineato lo stesso Vernant: la lancia è normalmente sottoposta allo scettro, e solo ove tale gerarchia si inverte, la lancia esprime *hybris*, mentre lo scettro è segno di *dike* (e *aidos*)⁸⁹¹.

Invero, tra i molteplici paradigmi adducibili, la metamorfosi della violenza nel cammino tra prediritto e diritto mi pare trovare emblematico dispiegamento nel mito della nascita di Elena contenuto nei *Cypria* pseudo-omerici, nonché – seppur in modo attenuato – in quello dei doni di *dike* e *aidos* nel Protagora di Platone.

Zeus, intenzionato ad annientare gli 'Urmenschen' attraverso il ricorso alle forze naturali quali il fulmine e il diluvio, viene dissuaso da Themis, protettrice dell'ordine naturale, che chiede però 'vendetta' per la violazione dell'ordine. Gli scopi di Zeus e di Themis, su consiglio di quest'ultima, possono realizzarsi attraverso l'unione del 're degli dei' con Nemesis; unione che, nel mito, assume la forma tragica di uno stupro: v'è dunque una violenza originaria (quella degli 'Urmenschen') che non rispetta l'ordine primevo (Themis); v'è una violenza che genera vendetta (è questo il *telos* di Zeus e di Themis) la quale ultima per perfezionarsi necessita di nuova violenza (lo stupro di Nemesis da parte di Zeus) e si inserisce in un ciclo interminabile e caotico (la vendetta di Nemesis, nella persona della figlia Elena, non si dirige verso l'offensore diretto, ma verso una vittima sacrificale che è il genere umano⁸⁹²).

Nemesis altro non è che una forma più primitiva, rozza, selvaggia di Dike; essa è «die Idee der kosmischen Rache»⁸⁹³, la consacrazione del principio non ancora 'retribuzionistico'⁸⁹⁴, ma naturale, per cui «was verletzt wird, rächt sich»⁸⁹⁵: e ciò, dunque, ben lungi dall'ottimistica interpretazione di Untersteiner (secondo cui già nel mito di Zeus e Nemesis «la vendetta mediterranea si

non scritto panellenico (cfr. Eur. *suppl.* 524-526; 537-541, 563, 671), che si identifica coi *nōmima tîn qeîn*.

⁸⁹¹ J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero*, cit., 33 ss. Sottolinea il carattere costantemente negativo di *hybris*, F. D'AGOSTINO, 'Bia'. *Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Milano, 1983, 25 ss.; non mi pare seguibile, invece, quanto sostenuto dalla Jellamo che vede in *hybris*, talora, una parte dell'*aretè* eroica (cfr. A. JELLAMO, *Il cammino di Dike*, cit., 21).

⁸⁹² Scontato, quindi, il riferimento alla casualità della vittima espiatoria segnalata da R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., 15 ss.

⁸⁹³ K. KERENYI, *Die Geburt der Helena*, in *Mnemosyne*, VII, 1939, 166.

⁸⁹⁴ Cfr., in tema, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, 1989, *passim*.

⁸⁹⁵ K. KERENYI, *Die Geburt der Helena*, cit., 166.

purifica nel concetto di giustizia»⁸⁹⁶), è assai più vicino alla rigorosa concezione hegeliana di 'Strafe' in termini di 'Aufhebung'⁸⁹⁷ (tanto rigorosa da confondersi con la sfera della 'Rache').

Diametralmente opposto l'intervento di Zeus nel mito, contenuto nel platonico Protagora⁸⁹⁸, di Epimeteo (il distributore) e Prometeo (il controllore): l'uomo, grazie al furto perpetrato da quest'ultimo a danno di Efesto e di Atena, viene dotato del 'fuoco' e della *entechnos sofia*. Quindi, a mezzo di Ermete, Zeus elargisce indistintamente a tutti gli uomini, ancora incapaci di *bios politikos* e pertanto - a seguito delle attribuzione prometeiche - destinati all'autodistruzione, sia *dike* che *aidos*: 'attributi' che non sottraggono, tuttavia, l'"Urmensch" alla sua natura violenta, ma gli attribuiscono un *quid pluris*. *Dike* e *aidos* «non sono facoltà originarie dell'uomo, ma non sono nemmeno semplici prodotti della saggezza storica accumulata nelle generazioni»; si impongono, nella loro natura dativa, come «condizioni trascendentali della coesistenza, non dell'esistenza»⁸⁹⁹: o, meglio, direi io, della 'coesistenza pacificamente ordinata'. Un furto (cui consegue, da un lato, il supplizio di Prometeo e, dall'altro, la responsabilità oggettiva per lo stesso genere umano, assoggettato all'avvento di Pandora) e una donazione sono alla base, rispettivamente, del 'vivere aggregato' e del 'vivere politico': non tanto eventi di 'frattura' o di puro 'toglimento' ('aufhören lassen'), quanto - senza soluzione di continuità - eventi di 'addizione' e di 'traduzione' conservativa ('aufbewahren'), che non mutano direttamente la

⁸⁹⁶ E. UNTERSTEINER, *La fisiologia del mito*, trad. it., Milano, 1946, 177.

⁸⁹⁷ G.W.F. HEGEL, *Estetica*, trad. it., Torino, 1967, 520. Sulla concezione hegeliana di vendetta ('Rache') e pena ('Strafe') come retribuzione, in un'ottica per cui tra le due fattispecie vi sarebbe identità, cfr. S. FUSELLI, *Hegel come critico della retribuzione*, in F. CAVALLA - F. TODESCAN (ed.), *Pena e riparazione*, Padova, 2000, 203 ss. Il termine 'Aufhebung' è carico di una duplicità semantica che fonda, per vero, l'intera dialettica hegeliana: da un lato il verbo 'aufheben' è 'aufbewahren', dall'altro, è 'aufhören lassen': disattivare e conservare quali aspetti contestuali. Con Agamben, in tal proposito, ricordo che lo stesso Lutero traduce con il verbo 'aufheben' il paolino *katargeōn*, verbo che gioca un ruolo fondamentale nella dialettica (della lettera ai Romani e di quelle ai Corinti) tra tempo messianico (fede e promessa) e tempo del *nōmoj* (legge e opere): la *katargeōn* del Messia non è abolizione, negazione, annichilimento della legge prescrittiva, ma 'conservazione' e 'perfezione' della stessa attraverso una sua 'disattivazione'; il Messia è, quindi, il *tōloj* della legge (*Rm.* 10.4) ed è il *tōloj* di ciò che è stato disattivato (*2 Cor.* 3.12-13); così in *Rm.* 3.31 ('rendiamo dunque inoperante [katargeōmen] la legge attraverso la fede? Non sia! Anzi, teniamo ferma la legge') non vi sarebbe, per Agamben, alcuna contraddizione, ma la volontà di Paolo di precisare il vero significato del *terminus technicus* nella sua pregnante duplicità (G. AGAMBEN, *Il tempo che resta*, cit., 91 ss.).

⁸⁹⁸ Plato *Protag.* 318 e - 319.

⁸⁹⁹ F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia*, cit., 37.

natura dell'uomo, bensì la implementano convertendo le forze disciplinati la realtà in istituti reggenti il cosmo. Per citare Giovanni Crisostomo, il 'mantenere disattivando' (katêrghsij) è pl»rwsij (implemento) e prŌj tŌ me<zon ™p...dosij (incremento verso ciò che è migliore)⁹⁰⁰.

L'uomo, secondo i dati della mitologia, non nasce - ovviamente - come *homo iuridicus*: la giuridicità è una conquista successiva, e non una sospensione della violenza, bensì, una sua - per così dire - 'riproposizione stilizzata': e il mondo greco, meglio di quello romano, testimonia i germi della *bia* innata del suo diritto e la pratica difficoltà di slegarsi dall'empirismo delle origini. Così, alla violenza indiscriminata 'pregiuridica' la Grecia risponde con una 'Aufhebung' (o, come poco sopra si rammentava, katêrghsij) sia attraverso una - invero non sempre completa - razionalizzazione della vendetta in schemi giudiziari, sia attraverso una 'ritualizzazione' che si concreta, ad esempio, nella pratica cruenta del sacrificio del *pharmakòs* e in quella più blanda - ma analoga - dell'ostracismo. Vero è, insomma, che la violenza - pur nella sua consacrazione all'interno del sistema - ancora nell'Atene classica è un dato ineluttabile e di grande momento, *vestigium* del faticoso trapasso da 'prédroit' a 'droit'.

Anzitutto la 'logica' e il 'lessico' della vendetta permanevano, come testimoniano alcuni passi, all'interno della razionalizzazione processuale⁹⁰¹: Lisia nell'orazione *contra Agoratum* enfatizza in più luoghi il suo 'obbligo' a vendicarsi delle offese perpetrate dall'accusato⁹⁰², facendosi così promotore, in buona sostanza, della tesi secondo la quale «criminal law is the vehicle by which individuals and the community take vengeance on those who have harmed them through punishment»⁹⁰³; e Dinarco, nella *contra Aristogitonem* confonde la funzione retributiva della pena con la 'ragion fattasi', chiedendo ai giudici non tanto di 'condannare alla

⁹⁰⁰ Iohann. Crisost. 104.

⁹⁰¹ Cfr., sul punto, L. GERNET, *Recherches*, cit., 174; J.W. JONES, *Law and Legal Theories of the Greeks*, cit., 257 ss.

⁹⁰² Lys. 13.3-4: ™gē oân, <ð> ¥ndrej dikasta..., d...kaion ka^ Ósion ¹goàmai e□nai ka^ ™mo^ ka^ Øm<n ¢pasi timwre<sqai kaq' Óson >ka stoj dÚnatai: ka^ poioàsi taàta nom...zw ¹m<n ka^ par| qeín ka^ par' ¢nqrèpwn ¥meinon ™n g...gnesqai. de< d' Øm©j, ð ¥ndrej 'Aqhna<oi, ™x ¢rcÁj tîn pragmfwtwn ipfntwn ¢koàsai, ¢n' e,,dÁte prítton m□n ú trŌpj Øm<n ¹ dhokrat...a katelÚqh ka^ Øf' Ótou, œpeita iÄ trŌpj of ¥ndrej Øp' 'Agorftou ¢pšqanon, ka^ Ó ti ¢poqnÇskein mšllontej ™p šskhyan: ¢panta g|r taàta ¢kribij ™n maqŌntej ¼dion ka^ Ðsièteron 'Agorftou toutou^ katayhf...zoisqe. Ōqen oân ¹me<j te · 'sta didfexomen ka^ Øme<j maq»sesqe, ™nteàqen Øm<n ¥rxomai dihge<sqai (cfr., altresì, Lys. 13.48).

⁹⁰³ D. COHEN, *Theories of Punishment*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 171.

pena di morte', quanto semplicemente di 'uccidere' l'accusato⁹⁰⁴; Isocrate, infine, asserisce che contro l'ingiuria e il disonore subiti a tramite di una percossa pubblica è proprio dell'uomo libero cercare la più grande vendetta, anche a mezzo dei tribunali⁹⁰⁵; e Demostene nel passo fondamentale della *contra Theocrinem* individua nel desiderio di vendetta lo scopo della persecuzione criminale intrapresa⁹⁰⁶.

In secondo luogo, quei criteri 'pregiuridici', quali l'*aretè*, l'*aidòs*, e la *timè* - che già entro le comunità omeriche erano il motore principe che spingeva il gruppo dell'offeso a 'farsi giustizia da sé' nei confronti della famiglia dell'offensore⁹⁰⁷ - giocavano ancora nel secolo degli oratori un ruolo determinante nella *generalis opinio* della *necessitas* e della giustizia del vendicarsi «as a familial or religious duty or as an imperative of honour»⁹⁰⁸: la società fondamentale e intimamente 'agonistica' della Grecia tanto omerica quanto classica non stigmatizzava il desiderio privato di violenza ritorsiva, né - pare - denigrava il dispiegarsi nei fatti di tale intento animato da un ancestrale senso dell'onore⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ Din. 2.4: e, d[] toÝj pnhroÝj ka^ katarftouj tnrèpouj misekte, ka^ œstin Øm<n Ñrg¾ ka^ mn>mh tìn prÓteron ØpÕ toÚtou pepragmšwn, tpoke...nate toàton, Òj par' `Arpflou labe<n cr>mat' ttm tÓlmhsen, Òn Èsseq' ¼kein katalhyÓmenon t¾n pÓlin Ømîn, ka^ t½j profßeiej ka^ toÝj fenakismoÝj ttm kkÓyat' aÚtoà: toÚtoij g½r ¼kei pisteÚwn prÕj Øm©j.

⁹⁰⁵ Isocr. 20.5: "lswj oân Loc...thj ttm piceir>sei mikrÕn poie<n tÕ pr©gma, diasÚrwn t¾n kathgor...an ka^ lšgwn æj oÚd[]n ttm k tìn plhgîn kakÕn œpaqon, tll½ me...zouj poioàmai toÝj lÓgouj À kat½ t¾n t¾x...an tìn gegenhmšwn. 'Egè d' e, m[]n mhdem...a prosÁn Úbrij to<j pepragmšnoj, oÚk ½n pot' e,,sÁlqon e,,j Øm©j: nàn d' oÚc Øp[]r tÁj ½llhj blÉbhj tÁj ttm k tìn plhgîn genomšnhj tll' Øp[]r tÁj a,,k...aj ka^ tÁj ttm...aj ¼kw par' aÚtoà d...khn lhyÓmenoj,

⁹⁰⁶ Dem. 58.1-2: Toà patrÕj ½mîn, ð ½ndrej dikasta..., di½ touton^ Qeokr...nhn tuc>santouj prÕj t¾n pÓlin ka^ ÑflÓntouj dška tÉlanta, ka^ toÚtou diploà gegenhmšnou éste mhd' ttm lp...da ½m<n e[]nai swthr...aj mhdem...an, ½ghsÉmhn de<n ttm p^ tù timwre<sqai meq' Ømîn toàton m>te ½lik...an m>te ½llo mhd[]n ØpologisÉmenoj doànai t¾n œndeixin taÚthn. ka^ g½r Ð pat>r, ð ½ndrej dikasta..., úper pÉnta peiqÓmenoj pepo...hka, prÕj p[]pantaj çdÚreto toÝj gnwr...mouj, e,, paralipèn ttm gè tÕn kairÕn ttm n ú di½ tÕ tÕn patšra zÁn œxest... moi toà ton çmÚnasqai, t¾n çpeir...an ka^ t¾n ½lik...an profasizÓ menoj aÚtÕn m[]n periÓyomai pÉntwn çpesterhmšnon, Qeokr...nhn d[] par½ toÝj nÒmouj graf½j grafÓmenon ka^ sukofantoànta polloÝj tìn politìn, oÚk ttm xÕn aÚtù.

⁹⁰⁷ Il delitto non era, dunque, fonte di obbligazione, ma scaturigine di vendetta - esercitabile anche a prescindere dall'elemento soggettivo: cfr., in tema, E. CANTARELLA, *Norma*, cit., 237 ss. - di tutti i membri dell'*oikos* dell'offeso verso qualsivoglia membro dell'*oikos* del delinquente (cfr. G. GLOTZ, *La solidarietà*, cit., 47 ss.); solo allorché la composizione convenzionale (prima fissata dalle parti, poi fissata *ex lege*) divenne da alternativa a obbligatoria, il delitto avrebbe potuto essere considerato fonte di 'Haftung'.

⁹⁰⁸ D. COHEN, *Theories of Punishment*, cit., 171.

⁹⁰⁹ Cfr., sul punto, D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 65 s., 96 s.; vd. Arist. *rhet.* 1367 a: tÕ toÝj ttm cqroÝj timwre<sqai ka^ m¾ katalÉttesqai: tÕ te g½r çntapodidÒnai d...kaion, tÕ d[] d...kaion kalÕn, ka^ çndre...ou tÕ m¾ ttm ttm sqai. ka^ n...kh

Così, Demostene nella celebre *contra Midiam* sembra porre, per certi versi, sullo stesso piano – almeno sotto il profilo fattuale – il ricorso ai tribunali e l’impiego della forza: chiedendo ai giudici di considerare come precedente per il futuro la sua scelta di non rispondere con violenza allo schiaffo ricevuto dalla controparte, infatti, egli lascia ben intendere che la sua condotta non è conforme alla corrente riconosciuta normativa ‘sociale’ in tema di vendetta e onore (Dem. 21.74-76)⁹¹⁰; e nella *contra Aristocratem*, in aggiunta, il fatto che l’oratore si senta tenuto a sottolineare come le vittime di una violenza – secondo il suo pensiero – non dovrebbero vendicarsi ma lasciare tale compito alle corti, è sintomo della esistenza generalizzata di controvalori ‘agonistici’ che ancora predicavano il ricorso alla violenza quale diretta e immediata risposta ad una offesa (Dem. 23.75-76).

Da ultimo, in tale prospettiva, non possono che rammentarsi quelle caratteristiche peculiari del sistema processuale ateniese. Vale a dire: l’assenza di qualsivoglia ufficio pubblico deputato, sulla base di una *notitia criminis*, all’inizio dell’azione penale (sicché sia l’iniziativa delle *grafa* sia delle *d...kai* era rimessa, nella diversità dell’interesse protetto, alla volontà di parte)⁹¹¹; il ricorso – seppur residuale – a processi sommari (come in tema di furto e di *moicea* manifesti e aggravati)⁹¹²; la esperibilità di quella ‘*Deliktsklage*’ che

ka[^] tim³/₄ tîn kalîn: afret£ te g|r ¥karpa Ônta, ka[^] Øperoc³/₄n çretÁj dhlo<. ka[^] t| mnhmoneut£, ka[^] t| m©llon m©llon (cfr., altresì, *rhet.* 1370 b - 1371 a; 1378 a - b).

⁹¹⁰ Vd. D. COHEN, *Demosthenes’ Against Meidias and Athenian litigation*, in *Symposion*, Wien - Köln, 1990, 155 ss.; P. WILSON, *Demosthenes 21 (Against Meidias): Democratic Abuse*, in *Proceedings of the Cambridge Philological Society*, XXXVII, 1992, 164 ss.; vd., altresì, E.M. HARRIS, *Did the Athenian Courts Attempt to achieve Consistency?: Oral Tradition and Written Records in the Athenian Administration of Justice*, in C. COOPER (ed.), *Politics of Orality*, Leiden, 2007, 343 ss.

⁹¹¹ Vd., in tema J.-U. KRAUSE, *La criminalità nel mondo antico*, trad. it., Roma, 2006, 15 ss. e D. COHEN, *Law, Violence and Community*, cit., 53. In tema, non può poi dimenticarsi il fatto che il diritto penale solonico prevedeva che l’esecuzione della pena di morte – ossia della sola pena che richiedeva un intervento attivo, in quanto il sistema di Solone era un sistema negativo le cui sanzioni consistevano nella privazione della protezione divina o della tutela giuridica – era affidata al soggetto passivo dell’offesa (cfr. E. RUSCHENBUSCH, *Untersuchungen zur Geschichte des athenischen Strafrechts*, Köln - Graz, 1968, 11 ss.) e che, prima di lui, Dracone, per il caso di omicidio premeditato, ancora lasciava al gruppo dell’ucciso l’esecuzione (che poteva avvenire solo *post iudicatum*). Su *grafa* e *d...kai*, *ex plurimis*, vd. S. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford, cit., 99 ss.; A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, *Procedure*, Oxford, 1971, 74 ss.

⁹¹² D. COHEN, *Crime, Punishment and the Rule of Law in Classical Athens*, in M. GAGARIN - D. COHEN (ed.), *Ancient Greek Law*, cit., 226. Del resto, non va dimenticato che lo stesso processo civile era concepito come controllo elastico di legittimità degli atti di esecuzione posti in essere dal cittadino per l’attuazione

è la δ...κῆ ἡμίχουλάϊ, quale mezzo contro χί, ἡμίχῆγων, impediva l'esercizio legittimo dell'autodifesa⁹¹³. Tutti questi dati sembrano testimoniare l'ancora ampia rilevanza della reazione privata (stadio più intimamente connesso con la ragion fattasi)⁹¹⁴, sia del fatto che, come è stato ben già lumeggiato, «the private desire for revenge or the pursuit of enmity might be the fuel that impelled individuals to initiate prosecutions», sia dell'idea secondo cui «if the defendant is convicted», la *polis* irroga la pena «for the vengeance of the aggrieved party»⁹¹⁵.

dei propri diritti (vd. A. BISCARDI, *Diritto greco*, cit., 357 e ntt. 34-37), tant'è che A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, II, cit., 187, sottolinea come «turning to the execution of judgments in private suits, the most important preliminary point to notice is that self-help remains basic to it»: e ciò sarebbe testimoniato da verbi quali σὺλῆσις, ἡμίχῆγων. Insomma, seppur la condanna era meramente pecuniaria, il creditore era ammesso a procedere personalmente in esecuzione della sentenza contro il debitore condannato.

⁹¹³ Cfr. U.E. PAOLI, *La difesa del possesso in diritto attico*, in *Id.*, *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano, 1976, 435 ss.

⁹¹⁴ M.R. CHRIST, *Legal Self-Help on Private Property in Classical Athens*, in *AJPh*, CXIX, 521: «a remarkable feature of litigation in classical Athens was the high degree of responsibility private citizens bore for initiating, conducting, and executing the judgments of legal actions. In the absence of a public persecutor or an active police force, Athenians engaged in a level of legal self help that would shock most modern Westerners».

⁹¹⁵ D. COHEN, *Crime*, cit., 226.

PARTE TERZA
MA'AT TRA DIRITTO ED INDIFFERENZIAZIONE

Diritto, politica e religione nell'antico Egitto: sudditanza, prestito, indifferenziazione.

Come già hanno avuto modo di rilevare due eminenti studiosi del cd. diritto faraonico⁹¹⁶, la trattazione di qualsiasi istituto appartenente a detto sistema normativo non può che partire – per poterne assodare al meglio la natura e l’atteggiarsi, nonché per comprenderne appieno la collocazione storica e dogmatica entro la cornice entro cui ha avuto origine e si è sviluppato – dall’imprescindibile esame critico di quel dogma che, concisamente ed efficacemente, Jan Assmann – nel quadro della sua ricerca circa le concezioni riguardanti i rapporti tra ordine religioso e ordine politico (ossia in merito alla cd. ‘teologia politica’) – ha saputo definire come la «trinità egizia» consistente in «dio-re-ma’at»⁹¹⁷. In buona sostanza, Dio avrebbe insediato sulla terra il monarca come suo rappresentante e mandatario, non già con un conferimento di potere assoluto e indeterminato, bensì vincolandolo ontologicamente all’esercizio della funzione (divina) di sovranità, nel rispetto di un ordine inderogabile e supremo (*ma’at*), cui la divinità stessa sarebbe soggetta: indi il faraone⁹¹⁸ e il dio

⁹¹⁶ D. LORTON, *Legal and Social Institutions of Pharaonic Egypt*, in J. M. SASSON (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, I, New York, 1985, 360; A. THEODORIDES, *A propos de la loi dans l’Egypte pharaonique*, in *RIDA*, XIV, 1967, 137 s.; Id., *La formation du droit dans l’Egypte pharaonique*, in G. PUGLIESE (ed.), in *La formazione del diritto nel Vicino Oriente Antico (Seminario svoltosi presso la Scuola di Perfezionamento in Diritto Romano e Diritti dell’Oriente Mediterraneo, Roma)*, Napoli, 1988, 13. Per un’ampia trattazione istituzionale del diritto egizio, corredata di indispensabile bibliografia, vd. i contributi di R. JASNOW (*Old Kingdom and First Intermediate Period, Middle Kingdom and Second Intermediate Kingdom, New Kingdom*) contenuti in R. WESTBROOK (ed.), *A History of Ancient Eastern Law*, I, Leiden, 2003, 93 ss., 255 ss., 289 ss.

⁹¹⁷ J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell’antico Egitto, in Israele e in Europa*, trad. it., Roma, 2002, 29 s.: l’autore, tratta del cd. dogma trinitario una volta definite le fondamentali forme di manifestazione della teologia politica, ossia «teocrazia», «dualismo» e «rappresentanza», e dopo aver ricondotta la monarchia faraonica, intesa quale esempio – al pari del cesaropapismo – di «unificazione della dirigenza politica e religiosa in mano a rappresentanti terreni» e di «correlazione tra potere divino e politico sotto forma di analogia».

⁹¹⁸ Pare opportuno riprendere sul titolo ‘faraone’ le brevi considerazioni storiche di A. GARDINER, *La civiltà egizia*³, trad. it., Torino, 1997, 50 s., il quale, notando che il vocabolo in questione «nelle storie di Giuseppe e di Mosè viene usato come titolo generico del monarca egizio regnante; il II Libro dei re, parlando di un sovrano della XXVI dinastia, lo chiama ‘faraone Neko’,

risulterebbero concepibili come le parti di un rapporto per il quale in capo al primo insorgerebbe, da un lato, a seguito dell'incoronazione, una *Schuld* e, dall'altro, a seguito di una sua condotta - nell'espletamento del mandato - eccedente i limiti ovvero inottemperante i fini imposti da *ma'at*, una *Haftung*, non solo accertabile dal tribunale divino *post mortem*, ma altresì suscettibile (seppur, storicamente, gli episodi in tal senso non sono numerosi) di essere fatta valere attraverso la deposizione terrena⁹¹⁹. In altre parole, solo ottemperando al proprio mandato - «realizzare *ma'at* e scacciare *isfet*»⁹²⁰ - il monarca diventerebbe «uguale a dio», ossia «d'un solo corpo con dio»⁹²¹, sicché egli, chiamato a esercitare quella funzione regale, originariamente propria ed esclusiva della divinità, sarebbe - e andrebbe riconosciuto - tale, solo a condizione che *ma'at*, elemento «terzo vincolante»⁹²², venga rispettata e realizzata⁹²³.

aggiungendo il nome proprio come si usava talvolta nella letteratura indigena a partire dalla XXII», ben evidenzia che «l'applicare ... il termine di 'faraone' ai sovrani anteriori alla XVIII dinastia è un anacronismo e non esiste testimonianza alcuna del suo uso al plurale»; tuttavia non vi sarebbe ragione alcuna di abbandonare la consuetudine di far uso di questo «comodo appellativo».

⁹¹⁹ R.J. LEPROHON, *Royal Ideology and State Administration in Pharaonic Egypt*, in J. M. SASSON (ed.), *Civilizations*, I, cit., 274, rammenta che «as chief justice, the king was also bound to a higher authority, that of the cosmic principle of *ma'at*, the primordial harmony set down by the creator deity at the beginning of the world»; e D. LORTON, *Legal and Social Institutions*, cit., 354, dopo aver sottolineato che «the authority of the individual king and the institution of kingship was justified by linking them to religious beliefs», ricorda che «a king could be deposed, as happened to Apries in the Twenty-sixth Dynasty, or a rival dynasty could be founded, as the Eleventh Dynasty established itself in Thebes in opposition to the Herakleopolitan kings».

⁹²⁰ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 31; cfr, altresì, *Id.*, *Maât, l'Égypte pharaonique et l'idée de justice sociale*, Paris, 1989, *passim*, nonché *Id.*, *Ma'at, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im alten Ägypten*, München, 1990, 211 ss.

⁹²¹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 30, che riprende l'iscrizione di Speos Artemidos di Hatshepsut.

⁹²² J. ASSMANN, *Potere*, cit., 31.

⁹²³ La valenza 'panica' di *Ma'at*, ordine supremo capace di vincolare dio sovrano, tanto che la fuoriuscita, da parte di quest'ultimo, da tale ordine di cose comporterebbe la venuta meno della ragion d'essere stessa della funzione che gli è stata delegata e, quindi, la condizione della permanenza in suo capo della natura monarchica, e a fortiori divina, è stata definita mirabilmente da V. POLACEK, in *Chronique d'Égypte*, XXXVII, 1962, 28, come «l'alpha et l'omega de la pensée et de la vie quotidienne» (che non ho potuto consultare e che cito da R. PARANT, *Recherches sur le droit penal égyptien. Intention coupable et responsabilité penal dans l'Égypte du IIe millénaire*, in A. THEODORIDES [ed.], *Le droit égyptien ancien. Colloque organisé par l'Institut des Haut Etudes de Belgique, 18 et 19 mars 1974*, Bruxelles, 1974, 55).

Già da questa rapida presentazione emerge con prepotenza un carattere essenziale della mentalità politica egizia (e, per quanto qui ci occupa, dello stesso modo di concepire quello che potrebbe arditamente definirsi 'diritto costituzionale faraonico'), un carattere che innumerevoli volte e con insistenza è stato messo in luce: si tratta della preminenza sulla laicità del fenomeno religioso e, pertanto, della pervasività di quest'ultimo in qualsivoglia ambito della vita di relazione, talché, alla luce di tale concezione, v'è chi non ha esitato, una volta definito il monarca come «le représentant des dieux sur terre ... tenu de défendre la *ma'at* dans le monde», a qualificare «la législation ... comme une mission religieuse du monarque vis-à-vis des dieux»⁹²⁴.

L'onnipotente 'tirannide' del dato teologico, insomma, avrebbe assorbito totalmente e unidirezionalmente l'attenzione (anche) di numerosi studiosi contemporanei tra quelli dediti all'esperienza giuridica dell'antico Egitto - e ciò non solo sotto il profilo che noi chiameremmo di natura pubblicistica, ma anche sotto quello delle relazioni private intersoggettive⁹²⁵ -, laddove una più attenta disamina delle fonti, in una con l'abbandono di visioni preconcepite, avrebbe potuto condurre ad una ben diversa, e di ben più ampi orizzonti, interpretazione⁹²⁶. Che quella dell'antico Egitto sia stata una cultura «non secolare»⁹²⁷, in conformità al modo in cui si impone agli occhi di un contemporaneo la nozione stessa di secolarità, è innegabile; quello che, invece, dovrebbe essere meglio precisato, diacronicamente e sincronicamente, nelle sue linee di contorno e nelle sue sfumature interne, è il - difficile - rapporto intercorrente tra l'elemento che oggi definiamo 'tout court'

⁹²⁴ S. ALLAM, *De la divinité dans le droit pharaonique*, in *BSFE*, LXVIII, 1973, 18.

⁹²⁵ Cfr. A. THEODORIDES, *Le problème du droit égyptien ancien*, in A. THEODORIDES (ed.), *Le droit égyptien ancien*, cit., 9, «nous ne pouvons pas affirmer qu'il n'y ait eu de 'dogmatique royale', comme on a accoutumé de l'appeler. Nous ne pouvons pas affirmer, bien sûr, qu'il n'y ait pas eu d'idées religieuses, voire 'magiques', comme on se plait à le répéter. Mais quelles qu'aient été, à l'époque, les conceptions relatives au Roi, aux dieux, aux temples et à l'au-delà, elles n'ont pas empêché les petit gens de jouir de droits, comme le montrent plusieurs textes de l'Ancien Empire»; cfr., altresì, *Id.*, *Les contrats d'Hapidjefa*, in *RIDA*, XVIII, 1971, ove è rivendicata l'autonomia del diritto, in materia di contratti: «il existe du droit indépendant de la religion».

⁹²⁶ Cfr. D. LORTON, *The King and the Law*, in *VA*, II, 1986, 53: «though religious considerations must play a significant role in any discussion of these topics, other considerations can be brought into play as well, thus bypassing the methodological impasse of treating the kingship solely as a theological exercise, one in with theology seems always to stem of necessity from the mind of the modern investigator, rather than from the ancient evidence itself».

⁹²⁷ D. LORTON, *Legal and Social Institutions*, cit., 350.

giuridico e quello, all'opposto, essenzialmente religioso (attesa la conquista della reciproca autonomia delle due sfere). Tale rapporto, invero, viene spiegato comunemente con la tesi (così cara a sociologi e antropologi) 'bicipite', ossia la tesi che postula l'originaria preminenza del secondo sul primo⁹²⁸ e discorre pacificamente del fenomeno definito di «desacralizzazione delle istituzioni»⁹²⁹, talché, come il Théodoridès ha più volte enfaticamente sottolineato, non è infrequente che gli studiosi del diritto faraonico vedano minata alle radici l'autonomia se non il valore della loro disciplina, da posizioni aprioristiche ben riassumibili in domande tanto retoriche quanto provocatorie come la seguente: «comment pouvez-vous appeler droit ce qui doit tout au plus représenter quelques pratiques routinières, soumises à l'arbitraire de l'intraitable autorité cléricale ou royale?»⁹³⁰.

Così, una volta definita la mentalità egizia antica come esclusivamente «magico-religiosa»⁹³¹, è stata affermata, seppure implicitamente, la completa eccentricità, rispetto agli schemi concettuali propri di tale mondo, di quella razionalità che in Grecia avrebbe condotto alla nascita di città-stato fondate sul paradigma della sovranità 'panica'⁹³² e 'democratica'⁹³³ delle leggi scritte, all'enucleazione del principio della isonomia⁹³⁴, all'affermazione della politica come «categoria principale e assorbente della vita

⁹²⁸ S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 17. Cfr., altresì, J.A. WILSON, *Authority and the Law in the Ancient Orient*, in *JAOS* (Supplement), XVII, 1954, 7, secondo cui «the concept of *ma'at* definitely belonged to the religious order; it was the substance upon which gods fed, it was the daily offering of the king to the gods»; esso, pertanto, era «a spirit which properly pervaded the civil carrying out of government and justice for the ends of religion»; secondo l'autore, inoltre, «'lawlessness' permitted a kind of flexible strength in allowing a dogmatically traditional society to meet the new situations of changing times», ma ciò si impose, altresì, «as inherent weakness of the society», tanto che «when the king ceased to function as a god and became the tool of priests, officials, and foreign rulers, Egyptian culture gradually disintegrated».

⁹²⁹ A. THEODORIDES, *The Concept of Law in Ancient Egypt*, in J.R. HARRIS (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford, 1971, 291.

⁹³⁰ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 3.

⁹³¹ Cfr. A. MORET, *Mystères égyptiens*, Paris, 1922, 167; S. MORENZ, *La religion égyptienne*, trad. fr., Paris, 1962, *passim*.

⁹³² Sulla valenza totalizzante del *nomos*, imprescindibile la lettura di W. JAEGER, *Paideia*, trad. it., Torino, 2005, *passim*.

⁹³³ Cfr. E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 36: «la legge, prodotta ... dall'Assemblea (*Ekklesia*), costituiva il frutto della partecipazione popolare, e al contempo la garanzia di un'effettiva eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla *polis* e alle sue regole (*isonomia*)»: ciò era quindi sufficiente a determinarne un indiscusso primato.

⁹³⁴ Cfr., a tal proposito, J.W. JONES, *Law and Legal Theory*, cit., 84 ss.

comunitaria»⁹³⁵, nonché, già con i sofisti, ad una «riflessione sugli aspetti che noi chiameremmo di ‘filosofia del diritto’» (oltre a «svolgimenti, più propriamente attinenti alla filosofia e alla scienza della politica, compresa la politica legislativa»)⁹³⁶. Se, per dirla con le parole di Schiavone, il paradigma del *nòmoj* dell’Atene democratica era il fondamento di un «trinomio inscindibile – legge, scrittura, laicità – in grado di opporre la certezza della conoscibilità e della stabilità all’arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere», nonché «l’escarnazione del precetto attraverso la sua rappresentazione grafica presupponeva ... la disintegrazione della figura del re-sacerdote, garante e fondatore mistico, attraverso la sua persona, di ogni regola sociale»⁹³⁷, all’opposto, la civiltà sorta sulle sponde del Nilo alla ‘legge’ e alla ‘democrazia’ sostituiva l’impero divino del faraone, unico legislatore, alla ‘scrittura’ l’oralità e la fluidità del volere regale (che, per sua natura, non avrebbe potuto essere ‘ingabbiato’ in forme limitative della divinità della funzione), alla ‘laicità’ la preminenza del dato religioso. Ma, soprattutto, sostenendosi la connaturata tendenza alla «lawlessness»⁹³⁸ dello spirito egizio, si è per di più ritenuto che siffatta mentalità – così propensa alla riconduzione massiva dei fenomeni alla sfera della religione – avrebbe annichilito, in potenza, i presupposti stessi per il fiorire di quelle meditazioni aventi il carattere della pura indagine tecnico-giuridica, tipica dei giuristi romani⁹³⁹.

⁹³⁵ E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 36. Cfr., inoltre, A. SCHIAVONE, *‘Ius’*, cit., 78 s., che ben evidenzia il collegamento tra ‘legge’ e ‘politica’, una volta epurato il campo semantico del primo termine dalla «indicazione di una ritualità religiosa, o di un principio consuetudinario, o anche di un precetto morale», nei seguenti termini: «in Grecia l’invenzione della legge come comando politico ‘escarnato’ non trovava di fronte a sé, nelle pratiche di disciplinamento sociale elaborate fino ad allora, nulla di altrettanto forte, dal punto di vista culturale e istituzionale, da poterle resistere, se non residui di una regalità ormai recessiva in cui si confondevano ancora aspetti religiosi e prescrittivi, ed essa poté divenire ben presto il punto di riferimento esclusivo di ogni elaborazione in questo campo, subito oggetto della nuova filosofia di un grande dibattito etico e metafisico: un altro segno dell’assoluta preminenza della politica che riusciva a integrare tutto dentro sé».

⁹³⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, cit., 19.

⁹³⁷ A. SCHIAVONE, *‘Ius’*, cit., 78.

⁹³⁸ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 7.

⁹³⁹ Il che, invero, segna altresì la capitale differenza tra l’esperienza giuridica del mondo delle città-stato greche e l’unitaria scienza giuridica romana; come scrive E. STOLFI, *Introduzione*, cit., 13, «quel fenomeno di isolamento della giuridicità – dalla religione e dalla morale, ma anche dalla politica – che a Roma fu perfezionato non da magistrati della *res publica* ma da un ceto di sapienti ... non può dirsi, nel mondo delle *poleis*, compiutamente realizzato. Il diritto non vi

Tale visione, così radicale, non poteva che portare (come, in effetti, ha fatto) ad intendere il vincolo di *Ma'at* solo come una 'Leerformel', una affermazione intrisa di vuota retorica, al più sintomatica di una tensione - mai sostanziale - del potere religioso e politico verso l'ordine: donde la valenza effettiva della sola bipolarità (re-dio) e non, invece, quella del dogma cd. trinitario raffinatamente postulato da Assmann. Quella egizia antica, insomma, avrebbe preso le forme e di una società destinata, dai suoi primordi sino alla sua fine, a rimanere inesorabilmente e ontologicamente «au stade où domine le sacré»⁹⁴⁰.

Una civiltà ove l'individuo, continuamente e impotentemente, è sottoposto vuoi all'arbitrio di potenze estrinseche naturali, concepite quali dei o demoni, vuoi alla incoercibilità delle vessazioni perpetrate dal monarca, unico proprietario terriero e solo ad avere diretto contatto con la divinità - s'è sostenuto - non è nelle condizioni di nutrirsi della benché minima e basilare concettualizzazione giuridica⁹⁴¹. Così, ad esempio, sul versante privatistico sarebbe stato inconcepibile parlare di 'persona' quale centro di imputazione di diritti soggettivi, come la proprietà privata⁹⁴². E sul versante pubblicistico, seguendo il pensiero del Frankfort, non sarebbe stato un caso che la lingua egizia non avesse posseduto alcun sostantivo per indicare ciò che per noi è lo 'Stato': «essa poteva esprimere in molti modi il concetto di nazione e poteva designare i popoli stranieri», ma una definizione di Stato quale «insieme di individui che occupano un territorio ben definito e sono politicamente organizzati sotto un governo ... non avrebbe

assunse uno statuto forte, di sapere separato dagli altri sistemi direttivi, munito di un suo specialismo e di una logica autonoma, sorretto da un proprio specifico apparato di concetti e di tecniche, e affidato all'elaborazione di un nucleo 'professionale' di esperti».

⁹⁴⁰ A. MORET, *Le Nil et la Civilisation égyptienne*, Paris, 1937, 547 s.

⁹⁴¹ A. MORET, *Mystères égyptiens*, cit., 167.

⁹⁴² Il che si è rivelato, invece, del tutto privo di corrispondenza al vero, come hanno dimostrato gli studi di H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften aus dem Alten Reich*, Wien, 1970, 190 ss.; T. MRISCH, *Untersuchungen zur Hausurkunde des Alten Reiches*, 1968, 172; J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l'Ancienne Egypte*, II, Bruxelles, 1934, 293; E. SEIDL, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des neuen Reiches*, Gluckstadt, 1951, 41 ss. Sul punto, cfr, altresì, A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens, 'citoyens', ou 'sujets de Pharaon'?*, in *RIDA*, XX, 1973, 54 ss.; Id., *The Concept*, cit., 291 ss.; Id., *Le problème*, cit., 9 ss.; D.A. WARBURTON, *State and Economy in Ancient Egypt*, Freiburg, 1997, 127; W.A. WARD, *Some Aspects of Private Land Ownership and Inheritance in Ancient Egypt*, in T. KHALIDI (ed.), *Land Tenure and Social Transformation in Middle East*, Beirut, 1984, 63 ss.; C.J. EYRE, *Peasants and Modern Leasing Strategies in Ancient Egypt*, in *JESHO*, XL, 1997, 367 ss.

avuto alcun significato per gli Egiziani», in quanto «sotto un certo aspetto sarebbe stata troppo antropocentrica»⁹⁴³.

Il dato 'magico-religioso', dunque, nella sua essenza mitica e nella sua forma rituale⁹⁴⁴, avrebbe rappresentato l'intima forza coesiva della civiltà egizia nel suo complesso, l'elemento unificatore ed omogeneizzante di una pluralità settoriale, imponendo alla sfera del giuridico o, più latamente ancora, del politico, quale cifra comune e regolare, i canoni della propria grammatica e le forme del proprio pensiero: la difficoltà - se non la stessa opportunità - dell'operazione ermeneutica tesa alla enucleazione dei principi e degli istituti del diritto faraonico starebbe, quindi, nell'impedimento culturale all'emergenza del fenomeno giuridico inteso come fenomeno a sé, attesa la costante e imperante influenza esercitata in modo generale dal mondo della religione.

I termini della questione afferente ai rapporti tra diritto e religione, stando a tale orientamento, appaiono, in definitiva, cristallini nella loro semplicità: vi sarebbe un aspetto - ovverossia quello attinente al culto e alla teologia - foriero di un impianto concettuale che storicamente ha predominato su ogni altro campo speculativo o pragmatico della vita nell'antico Egitto - in modo esclusivo almeno sino alla fine dell'età classica⁹⁴⁵ - tanto da investire, nella sua forza totalizzante, qualsiasi manifestazione e di pensiero e di azione; manifestazione destinata inesorabilmente a cedere allo strapotere della mentalità religiosa e a costringere in un limbo non solo la riflessione e l'approfondimento del dato giuridico a mezzo di una casta di esperti, ma altresì l'imporsi di un paradigma - democratico - affine a quello dei nōmoi delle città greche. Entro un quadro così descritto, pertanto, parrebbe non pienamente adeguata la rigorosa contrapposizione tra la «fissità

⁹⁴³ H. FRANKFORT, *La religione dell'antico Egitto*, trad. it., Torino, 1991, 41 s. Per continuare a seguire le parole dell'insigne studioso, inoltre, «gli Egiziani non si avvedevano che il loro paese si identificava col territorio che essi occupavano» e «lo 'Stato' egiziano non costituiva una forma creata dall'uomo, differenziata da altre forme di organizzazione politica»; essa invece «era un'istituzione divina, contemporanea alla creazione del mondo, e parte costante dell'ordine universale», così come la sola forma di stato concepibile era la monarchia, giacché supportata dal mito secondo cui «il Creatore stesso aveva assunto la dignità regale il giorno della creazione» e «il Faraone era il suo discendente e il suo successore»; insomma, «la parola 'Stato' non esisteva nella lingua egiziana, poiché tutti gli aspetti significativi dello Stato si accentravano nel re».

⁹⁴⁴ C.J. BLEEKER, *The Pattern of the Ancient Egyptian Culture*, in *Numen*, XI, 1964, 75 ss.; cfr., inoltre S. DONADONI, *Testi religiosi egizi*, Firenze, 1988, che a pag. I dell'*Introduzione* qualifica l'esperienza religiosa come «componente vitale» della lunga civiltà egiziana, in tutta la sua durata.

⁹⁴⁵ Cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 291 ss.

sacrale» dei diritti antichi e il «flusso continuo» proprio dei diritti moderni⁹⁴⁶, giacché sarebbe stato il (cangiante e non predeterminato) volere dei singoli monarchi a dettare, caso per caso, la regola da applicare⁹⁴⁷, senza alcuna fissità se non quella della insindacabile, in quanto divina, potestà 'nomopoietica' del sovrano, sola e incontestabile 'bouche de loi'. Per dirla diversamente: se, seguendo Voegelin - il quale vede la modernità secolarizzata e il positivismo quali sintomi tragici di una «decapitazione di Dio», nonché di un atto di ribellione avverso il creatore a mezzo dell'auto-attribuzione umana del potere - la vita nei contemporanei ordinamenti (politici e giuridici) non può e non deve essere definita quale ambito del tutto profano, connesso in via esclusiva ai problemi attinenti all'organizzazione del potere e del diritto, in quanto la conoscenza di questi due ultimi aspetti sarebbe incompleta senza la comprensione e delle forze religiose della comunità e dei simboli della loro espressione⁹⁴⁸, all'opposto, l'ordinamento 'religioso-giuridico' dell'antico Egitto potrebbe essere inteso 'unicamente' mediante la percezione della pervasiva cifra mitico-rituale, e non 'anche' mediante detta cifra.

La ricostruzione di cui si è dato sinora conto (e che definirei come tesi della 'sudditanza del diritto al culto') non è però l'unica, né è rimasta intatta in tutto il suo - spesso aprioristico - rigore, sicché talune posizioni sono state profondamente smussate e alcune credenze sono, all'attualità, oramai cadute. Basti pensare, da un lato, che l'iscrizione del nobile Metjen (III-IV dinastia) ben può considerarsi quale decisiva testimonianza della vigenza, già per gli albori dell'Antico Regno, del principio della libera disponibilità delle terre, non solo da parte degli uomini ma pure delle donne⁹⁴⁹:

⁹⁴⁶ M. GALANTER, *The Modernisation of Law*, in M. WEINER (ed.), *Modernisation. The Dynamics of Growth*, New York - London, 1966, 154 ss.; L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975, 204 ss.

⁹⁴⁷ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.

⁹⁴⁸ E. VOEGELIN, *Die Politischen Religionen*, Stokholm, 1939, 63 ss.

⁹⁴⁹ Cfr., per il testo geroglifico, Urk. I, 2.8-10.

in.n.f isw⁹⁵⁰ Aht sTAt⁹⁵¹ 200 xr nswtyw⁹⁵² / rdi n.f Aht sTAt 50 n mwt nbsnt / ir.c imyt-pr⁹⁵³ im n ms.wt⁹⁵⁴ (egli - Metjen - ha acquistato, a titolo oneroso, 200 arure di campi da 'quelli del re'; / egli ha ottenuto 50 arure da parte di sua madre Nebset; / ella aveva trasferito - a titolo gratuito - mediante l'atto di imyt-pr ai figli).

Detto questo, non può mancarsi di considerare una - arditamente eversiva - visione, diametralmente opposta a quella di cui s'è appena dato conto; visione secondo la quale uno studio spassionato delle fonti, scevro di preconcetti e di facili quanto

⁹⁵⁰ Sull'espressione in.n.f isw, vd. A. THEODORIDES, *L'acte (?) de vente d'Ancien Empire*, in *RIDA*, XXVI, 1979, 42 s., che - con riguardo al negozio traslativo dello scriba Tjenti - traduce «améner à soi (telle chose) contre une contre-valeur» e quindi «se la procurer, l'acquérir, à titre onéreux». Cfr, altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce isw, in *Wörterbuch der Ägyptischen Sprache*, I, Berlin - Leipzig, 1926, 131 che rendono con 'Ersatz', 'Lohn', 'Entgelt' (i sei volumi del *Wörterbuch* sono stati pubblicati tra il 1926 e il 1971).

⁹⁵¹ L'arura (sTAt) era un multiplo del *khet* (corrispondente a cento *mehw*, cubiti): cfr. A. GARDINER, *Egyptian Grammar. Being an Introduction*³, Cambridge, 1954, 200; A. ERMAN - H. GRAPOW, voce sTAt, in *Wörterbuch*, IV, cit., 356, ('Arure', 'Flächenmaß').

⁹⁵² Sull'espressione nswtyw mi pare convincente l'interpretazione di Garcia che pensa ad 'ufficiali esercenti funzioni di servizio regale' (J. GARCIA, *Administration territoriale et organisation de l'espace en Egypte au troisième millénaire avant J.-C.*, in *ZÄS*, CXXIV, 1997, 124 s.); vd, inoltre, E. ENDESFELDER, *Zum Stand der Interpretation der Meten-Inschriften*, in *OLZ*, LXXVIII, 1983, 5 ss.; K.B. GOEDECKEN, *Eine Betrachtung der Inschriften des Meten*, Wiesbaden, 1976, 206 s.; H. GOEDICKE, *Königliche Dokumente aus dem alten Reich*, Wiesbaden, 1967, 134 s.

⁹⁵³ Durante l'Antico Regno l'atto di imyt-pr - che necessitava per la sua validità della presenza di testimoni, della perfezione presso 'magistrati' competenti, della pubblicazione nei registri di detto ufficio - era impiegato, secondo J.H. JOHNSON, *The Legal Status of Women in Ancient Egypt*, in A.K. CAPEL - G.E. MARKOE, *Mistress of the House, Mistress of Heaven: Women in Ancient Egypt*, New York, 1996, 177, esclusivamente in funzione di testamento, ossia «used to transfer property to someone other than the person(s) who would inherit said property if the owner died intestate». Secondo A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 304, la imyt-pr sarebbe stata originariamente solo «a deed of transfer by gift», anche se «later became the generic term covering all kinds of conveyance». Sul punto si vedano, comunque, A. MORET, *Donations et Fondations en Droit Egyptien*, in *RT*, XXIX, 1907, *passim*; J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 301 ss.; B. GRDSELOFF, *Deux Inscriptions juridiques de l'ancien Empire*, in *ASA*, XLII, 1943, 30 ss.; E. SEIDL, *Einführung*, cit., 22 ss., 57 ss.; B. MENU, *Le prêt in droit Egyptien. Nouvel Empire et Basse Epoque*, in *CRIPPEL*, I, 1973, 65 ss.; B. MENU - I. HARARI, *La notion de propriété privée dans l'Ancien Empire Egyptien*, in *CRIPPEL*, II, 1974, 133ss.; J.G. MANNING, *Demotic Egyptian Instruments of Transfer as Evidence for Private Ownership of Real Property*, in *Chicago-Kent Law Review*, LXXI, 1995, 237 ss.; C.J. EYRE, *Work and the Organisation of Work in the Old Kingdom*, in M.A. POWELL (ed.), *Labor in the Ancient Near East*, New Haven, 1986, 21; T. LOGAN, *The imyt-pr Document: Form, Function, and Significance*, in *JARCE*, XXXVII, 2000, 49 ss.; cfr.,

fallaci deformazioni, dimostrerebbe un panorama antitetico a quello delineato dal Moret, dal Frankfort e – parzialmente – dal Wilson, in quanto «depuis l'Ancien Empire effectivement, c'est le droit qui s'applique à la religion, et non la religion qui fonde le droit» tanto che, ad esempio, «les pratiques religieuses sont exprimées en termes de droit dans les actes de fondation, contrats ...»⁹⁵⁵: il che conduce a ritenere che «il ne faut pas rabaisser, revaler les capacités des égyptiens sous prétexte que il y a des documents religieux et des documents de 'magie' (car on appelle trop souvent magique simplement ce qui n'est pas rationnel)»⁹⁵⁶. Non, dunque, una secolarizzazione – 'désacralisation' – del diritto, bensì, una progressiva intrusione di pratiche religiose entro un nucleo originario di natura sostanzialmente, elaboratamente e raffinatamente, 'giuridica', lontana dal vago empirismo di cui solitamente si colora il mondo (orientale e non solo) del 'diritto', prima della 'invenzione romana'⁹⁵⁷.

inoltre, R. VERSTEEG, *Law in Ancient Egypt*, Durham, 2002, 102, 112 ss., 140.

⁹⁵⁴ Cfr., *contra*, R. VERSTEEG, *Law*, cit., 194, che interpreta il passo nel senso di un lascito – *mortis causa* – da parte di Nebsetet ai nipoti; allo stesso modo K.B. GOECKEN, *Eine Betrachtung*, cit., 211 ss. e 258 ss.; J.H. JOHNSON, *The Legal Status*, cit., 175; I. HARARI, *La capacité juridique de la femme au Nouvel Empire*, in *RIDA*, XXX, 1983, 41 ss.; H. GOEDICKE, *Die Privaten Rechtsinschriften aus den Alten Reich*, Wien, 1970, 38.

⁹⁵⁵ In questo senso A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19, il quale continua sostenendo come «l'histoire de la pensée – qui n'est pas l'histoire des idées – révèle chez les Egyptiens anciens un potentiel mental tel que je n'hésite pas à les qualifier d'intellectuellement juristes»

⁹⁵⁶ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19

⁹⁵⁷ Cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 291 il quale, dopo aver constatato che «in daring to speak of 'law' in ancient Egypt one tends to lay oneself open to a number of criticism», in quanto «in the opinion of some authorities it is nonsense to talk of law before it was elaborated by the Romans, and this view, which holds for the whole ancient Orient, applies particularly to Egypt owing to the lack of documentary evidence», conclude nel senso che «the history of ancient Egypt does not present an example of the 'secularization' of law», giacché, «on the contrary – and this is what miraculous – it attained from the outset, during the Old Kingdom, a high level of institutional and juridical development, which was subsequently distorted by the intrusion of religious practices» (Ib., *The Concept*, cit., 321). Ora, l'appassionata tesi dell'autore (il quale possedeva una formidabile conoscenza delle fonti), merita una precisazione: anzitutto, bisogna distinguere tra diritto nel senso di 'norma' e diritto nel senso di 'pensiero'. Se nessuno vuole negare l'esistenza anche per l'Antico Egitto di un diritto nella prima accezione – il che è il portato della (quasi) banale relazione *ubi societas ibi ius* – per quanto già le fonti del Regno Antico testimoniano l'elaborazione di categorie 'giuridicamente' rilevanti, ciò ben è lontano dalla 'invenzione' del diritto quale 'scienza'. Riprendendo lo Schiavone mi pare lecito proclamare, senza esitazione, che «il diritto è una forma che ha invaso la modernità, diventandone presto un carattere insostituibile: ed è una forma inventata dai Romani», in quanto seppur possiamo parlare «di 'diritto'

Sulla stessa scia, ma entro un contesto di ben più ampio respiro, si è espresso, più recentemente, lo stesso Assmann in quel suo libro - bello e appassionato - con il quale l'egittologo tedesco ha criticato e, per certi versi, tentato di capovolgere la tesi schmittiana della «juridisch-politische Theologie»⁹⁵⁸, secondo la quale «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati», e ciò «non solo in base al loro sviluppo storico, poiché essi sono passati dalla teologia alla dottrina dello Stato, facendo - per esempio - del Dio onnipotente l'onnipotente legislatore, ma anche nella loro struttura sistematica»⁹⁵⁹.

Ad avviso di Assmann, in buona sostanza, se la posizione di Carl Schmitt può essere adeguatamente compendiata nella formula «la nascita della politica - ovvero e meglio: della scienza politica - dallo spirito della teologia», i termini della sua personale

mesopotamico, o egiziano, o greco, o anche (fuori del mondo antico) hawaiano o atzecco ... è solo il diritto romano che ci ha fornito il paradigma che consente di riconoscere come 'giuridiche' quelle pratiche prescrittive originariamente integrate all'interno di contesti e sistemi ben diversi: apparati teologici più o meno connessi alla regalità, rapporti di parentela, istituzioni politiche» (A. SCHIAVONE, *'Ius'*, cit., 5). Sul punto - con precipuo riguardo, però, all'aspetto puramente normativo - pare d'uopo ricordare anche J. GILISSEN, *L'apport de l'histoire du droit égyptien à l'étude de l'évolution générale du droit et à la formation du juriste*, in A. THEODORIDES, *Le droit égyptien*, cit., 235, il quale, appunto, agli studiosi dell'Antico Egitto, «juristes» e «non-juristes», che non accettano «l'idée de l'existence du droit à l'époque de l'Ancien Empire égyptien», rimprovera l'errore - di matrice jheringiana - proveniente «de la persistance ... de l'idée que le droit ne peut être conçu que dans le cadre d'un Etat qui fixe les règles juridiques sous la forme de lois». In tema, non può peraltro non farsi menzione dell'audace scritto che ha dedicato alla presunta invenzione della scienza giuridica in Oriente P.G. MONATERI, *Black Gaius: A quest for the multicultural origins of the Western legal tradition*, in *Hastings Law Journal*, LI.3, 2000, 479 (ora, in italiano, col titolo *Gaio nero*, in P.G. MONATERI - G. GIARO TOMASZ - A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 19 ss.: sola menzione, perché v'è già stato chi si è industriato nello smontare i fondamenti di tale tesi (cfr. E. CANTARELLA, *Diritto romano e diritti orientali. Da Black Athena a Black Gaius: recenti ipotesi sulle origini e le caratteristiche del diritto romano*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano, 2004, 101 ss.; G. SANTUCCI, *La scienza gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, in *Europa e diritto privato*, X, 2007, 1057 ss.).

⁹⁵⁸ La posizione di Carl Schmitt, etichettata da Assmann come una «teologia politica della violenza», 'militante' più che 'descrittiva' (J. ASSMANN, *Potere*, cit., 10 ss.), è definita 'teologia politica giuridica' da E. BLOCH, *Theorie und Politische Theologie*, in J. TAUBES (ed.), *Der Fürst dieser Welt, Carl Schmitt und die Folgen*, München, 1983, 15: sulla preminenza del 'giuridico' rispetto al 'politico' nel campo di indagine di Schmitt, cfr., da ultimo, L. GAROFALO, *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Recht»*, in *Diritto e Storia*, n.s., II, 2007, 175 ss.

⁹⁵⁹ C. SCHMITT, *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, trad. it., Bologna, 2003, 61.

ricostruzione critica sono invertiti nella relazione «nascita della religione dallo spirito della politica»⁹⁶⁰. Come per Théodoridès sarebbe il diritto – a quanto si è poc'anzi già rilevato – a prestare i propri modelli concettuali alla religione, così Assmann è convinto, in una logica più ampia, che il processo storico di secolarizzazione registri altresì una direzione contraria, da lui denominata «teologizzazione», ossia un «divenire teologico di concetti politici fondamentali»⁹⁶¹, come testimonierebbe, ad esempio, la teologia veterotestamentaria dell'alleanza⁹⁶² (ove i modelli politici del trattato di Stato e del giuramento di fedeltà vengono impiegati quale base teologica del manifestarsi di Dio al mondo secondo talune forme del dispiegarsi del diritto internazionale) o, altresì, l'origine politica della gerarchia della Chiesa primitiva⁹⁶³.

Sia l'una ricostruzione – tesi della 'sudditanza' – che l'altra – tesi del 'prestito' –, invero, paiono muovere da un punto di partenza che non coglie bene un elemento essenziale della civiltà egizia delle origini: ossia il principio di 'indifferenziazione'. Vero è che discorrere di 'diritto' e di 'religione', così come di 'teologia' e di 'politica', ha senso compiuto solo allorquando ognuno dei quattro termini testé indicati abbia assunto, in un dato contesto storico, una propria indipendenza e sia assunto a elemento peculiare e differenziato di una cultura, per quanto influenzato o influenzabile, più o meno intensamente, da forze estranee alla sua sfera di dominio: sicché, solo una volta raggiunta la autonomia della sfera religiosa e di quella giuridica, potrebbe essere chiamato in causa, a mio avviso, il fenomeno della 'secolarizzazione' della teologia ovvero quello della 'teologizzazione' del diritto. Quando, all'opposto, si considerano gli ostici problemi delle 'origini', non riterrei lecito interpretare il manifestarsi del pensiero nel senso della prevalenza di un dato – quello religioso – su un altro – quello giuridico –, ovvero nel senso della mutuabilità dei modelli di una sfera da parte di un'altra: e ciò in quanto, *ab origine*, non parrebbero emergere due campi distinti (seppur, ovviamente, suscettibili di reciproche influenze), bensì affiorerebbe dalla documentazione un'unica 'indifferenziata' sfera concettuale. Entro quest'ultima, dunque, la valutazione della preminenza del religioso sul giuridico ovvero l'esistenza di *emprunts* dell'uno rispetto all'altro ambito implicherebbe la (impropria) riconduzione di un

⁹⁶⁰ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 21.

⁹⁶¹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 22.

⁹⁶² Cfr. K. BLATZER, *Das Bundesformular*, Neukirchen, 1964, *passim*; O. ECKART, *Das Deuteronomium*, Berlin, 1999, *passim*.

⁹⁶³ Cfr. T. KLAUSER, *Der Ursprung der bischöflichen Insignien und Ehrenrechte*, Krefeld, 1948, *passim*.

certo fenomeno a categorie concettuali eccentriche rispetto alla *forma mentis* data, in quanto quelli del 'teologico', del 'politico', del 'giuridico', sarebbero settori ancora indistinti in un *unicum*. Non sono idee nuove: già il Frankfort era consapevole che «per gli egiziani non esistevano quelle distinzioni che noi non possiamo esimerci dal fare», giacché «dove la società è parte di un ordine divino universale, le nostre differenziazioni non hanno significato alcuno»⁹⁶⁴; tuttavia non sembrano essere state messe a frutto sempre opportunamente.

Tale ragionamento, nella sua essenza, può compendiarsi efficacemente nella seguente antinomia: «compact form»⁹⁶⁵ e unitarietà⁹⁶⁶ delle concettualizzazioni mitiche egizie - ove, per un prolungatissimo lasso temporale non potrebbe ricondursi alla sfera del diritto o della religione un dato fenomeno, attesa la inconsistenza di tali distinzioni - contro 'differenziazione e pluralità' che, in Occidente, già a partire dalla laicizzazione della classe di *jurisperiti* romani, hanno permesso l'insorgenza e lo sviluppo di una 'giurisprudenza', intesa quale sapere a sé stante rispetto alla

⁹⁶⁴ Così si pronunciava già H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 49, pur in direzione 'religioso-centrica'.

⁹⁶⁵ Mutuo il sostantivo da E. VOGELIN, *Order and History*, I, Louisiana, 1956, 13.

⁹⁶⁶ Mi piace qui ricordare le incisive parole di A. AMENTA, *Il faraone*, Roma, 2006, 35, che - seppur sul presupposto della preminenza del dato religioso sugli altri aspetti - illustrano la 'unitarietà e compattezza': «nella speculazione egizia la dimensione cosmica e quella terrena si intersecano, dipendono l'una dall'altra, santificando il suo interprete di volta in volta come garante dell'armonia del cosmo e del buon andamento dello stato, perché la sopravvivenza del cosmo è la sopravvivenza dello stato e viceversa, perché la minaccia dell'uno è minaccia dell'altro, perché il faraone è 'colui che realizza *ma'at*' e allo stesso tempo il responsabile delle leggi che regolano il paese», sicché «per tutta la durata dello stato faraonico la religione si fa politica e la politica si fa rito». Istituiscono, inoltre, uno stretto legame tra 'unitarietà' e 'onnicomprensività' di *Ma'at* sia V.A. TOBIN, '*Ma'at* and '*Dike*': Some Comparative Considerations of Egyptian and Greek Thought, in *JARCE*, XXIV, 1987, 113 ss., che C.J. BLEEKER, *The Pattern*, cit., 74 (cfr., altresì, *ib.*, *Egyptian Festivals: Enactments of Religious Renewal*, Leiden, 1967, 7).

'teologia' e alla 'politica'⁹⁶⁷. Qualche esempio dalle fonti egizie ben può illustrare detta originaria 'confusione'.

Anzitutto, senza prendere in considerazione l'ostico problema della 'regalità divina' quale unica fonte di produzione di disposizioni vincolanti e quale *pyramidion* della gerarchia del potere esecutivo e giudiziario⁹⁶⁸, può esser utile partire dalla disamina della complessità che contraddistingue la natura delle cariche dei 'crw'⁹⁶⁹, vale a dire dei principali 'funzionari faraonici': natura che, appunto, confonde aspetti che oggi noi saremmo decisamente portati a ricondurre ora alla sfera del 'sacro', ora a quella del 'giuridico'. Quale paradigma lampante che attesta come «chi era a

⁹⁶⁷ Cfr., sul punto, A. SCHIAVONE, 'Ius', cit., 78. Come poco sopra, nel testo, si accennava, sarebbero state le forme stesse di pensiero proprie della speculazione egizia ad impedire il crearsi di una vera e propria 'filosofia del diritto' o di una 'scienza del diritto'; forme contraddistinte dall'assenza di quella razionalità propriamente greca che nelle forme della retorica e del metodo diairetico platonico sarebbe stata mutuata dagli stessi Romani a profitto della loro speculazione tecnico-giuridica: cfr., ottimamente, M. VILLET, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris 1962, 23 ss.; M. DUCOS, *Les Romains et la loi. Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de la tradition romaine à la fin de la République*, Paris, *passim*; F. SCHULZ, *Storia*, cit., 119 ss.; A. SCHIAVONE, 'Ius', cit., 161.

⁹⁶⁸ La questione, in buona sostanza, consiste nel vedere se è la persona del sovrano ad essere divina, ovvero la funzione da lui esercitata per mandato: cfr., per ora, D. LORTON, *Towards a Constitutional Approach to Ancient Kingship*, in *JAOS*, XCIX, 1979, 460 ss.; Id., *The King*, cit., 53 ss.; R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 273 ss.; S. MORENZ, *Die Heraufkunft des transzendenten Gottes in Ägypten*, Berlin, 1964, *passim*; G. POSENER, *De la Divinité du Pharaon*, Paris, 1960, *passim*; W. BARTA, *Untersuchungen zum Götterkreis der Neunheit*, in *JARCE*, XI, 1974, 101 ss.; J.A. WILSON, *The Culture of Ancient Egypt*, Chicago, 1951; Id., *Authority*, cit., 1 ss.; D. O'CONNOR - D.P. SILVERMAN, *Ancient Egyptian Kingship*, Leiden, 1995, *passim*.

⁹⁶⁹ Come ha messo in luce A. THEODORIDES, *Les ouvriers-magistrats en Egypte à l'époque ramesside (XIXe-XXe dyn.; 13e-10e s. av. J.-C.)*, in *RIDA*, XVI, 1969, 108, il vocabolo in parola (cr) è di difficile traduzione, giacché «en traduisant 'fonctionnaire' come on le fait souvent, on ne dit pas assez, vu que le 'ser' est doué d'une compétence judiciaire; en traduisant 'magistrat' comme on le fait aussi, on ne dit non plus assez, puisque le 'ser' est doublé d'une capacité administrative et exécutive»: peraltro, non può mancarsi di sottolineare come l'autore, tutto teso a dimostrare l'autonomia del diritto faraonico dalla sfera sacrale, dimentica nella sua concisa trattazione di dar conto della natura intimamente religiosa che connotava l'esercizio della funzione (o magistratura) faraonica. Vero è, tuttavia, che è proprio al Théodoridès stesso che si deve la corretta interpretazione del sostantivo cr; esso non indica affatto un 'notabile' - come ritenevano sia J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit Privé de l'Ancienne Egypte* I, Bruxelles, 1932, 206 (cfr. Id., *Histoire*, II, cit., 133 ss., 188 s., 248) sia A. MORET, *L'administration locale sous l'Ancien Empire*, in *CRAIBL*, s.n., 1916, 378 ss. -, bensì un 'funzionario' (*lato sensu*) in carica; cfr., inoltre, A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 66 ss., il quale ricorda la competenza dei crw in materia di diritto privato (quali giudici delle cause relative a proprietà terriera, nonché quali conservatori degli atti dello stato civile), di diritto penale

servizio del Faraone non adempiva a una funzione puramente secolare bensì a una funzione religiosa, e il senso del dovere era rafforzato dalla fede»⁹⁷⁰, si impongono le parole tratte dalla biografia tombale di uno dei massimi personaggi della VI dinastia⁹⁷¹, Pepiankh⁹⁷²:

A 1-6: iw ir.n.i aHaw.(i) r rnpt 100 m-m imAxw⁹⁷³ anxw Xr
 kA.i⁹⁷⁴ ir.n.i bw aA n aHaw pn m imy-rA Hm(w)-nTr n hwt-Hr
 (...) ink imAx(w) xr nswt ink imAx(w) xr nTr aA (...) ir.n.(i)
 aHaw nb ir(w).n.i m wnw.(i) cr ck w(i) Hr irt bw-nfr Hr Dd mrrt
 n-mrnt sbt qd.(i) xr nTr (...) iw wp.n.(i) cn.wy r Htp.cn n rx.(i)

(data la loro competenza di repressione), nonché all'interno dell'apparato dell'amministrazione faraonica (quali soggetti competenti in materia di tasse e *corvéés*). Sul punto proficua è la consultazione di W. HELK, *Wirtschaftsgeschichte des Alten Ägypten im 3. und 2. Jahrtausend vor Chr.*, Leiden, 1975, 100 ss.; nonché di H. GOEDICKE, *Königliche Dokumente*, cit., 32. Da ultimo si ricorda, incidentalmente, che crw erano pure - nel Nuovo Regno - gli operai che formavano, in qualità di giudici, la qnbt, ossia la Corte, presso la colonia di Deir el Medinah, i quali, per di più, come evidenzia J. ČERNÝ, *Le culte d'Amenophis I chez les ouvriers de la Nécropole thébaine*, in *BIFAO*, XXVII, 1927, 192 s. «fonctionnaient comme prêtres» di Amenhotep I ed erano «chargés de porter la statue du roi dans les processions» (in tema cfr. S. ALLAM, *Quenbete et administration autonome en l'Égypte pharaonique*, in *RIDA*, XL, 1995, 56 ss.; Id., *Egyptian Law Courts in Pharaonic and Hellenistic Times*, in *JEA*, LXXVII, 1991, 109 ss.; A.G. McDOWELL, *Jurisdiction in the Workmen's Community of Deir el-Medīna*, Leiden, 1990, 113 ss.). Peraltro, in stretta connessione col tema della 'indifferenziazione', non può mancarsi di mettere in luce come presso il tribunale di tali crw-operai, due fossero le procedure applicabili. La prima, ordinaria e umana, si concludeva con una pronuncia resa dagli stessi giudici; l'altra, straordinaria e divina, prevedeva il ricorso allo strumento oracolare con l'intervento della statua del faraone divinizzato Amenhotep I: come ben ha illustrato S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 20, «le jugement de dieu se pratiquait parallèlement à la procédure judiciaire purement rationnelle»; infatti, nella concezione egizia (anche tarda) «les dieux, mieux que tout être humain, apprécient le bon droit d'un plaignant et la justice d'une requête; plus sûrement que les institutions humaines, ils savent trancher les différends entre les êtres humains d'une façon plus juste et plus efficace», in quanto «les dieux sont considérés comme la source et les gardiens du droit; ce son eux à qui l'on s'adresse en cas de doute par obtenir un jugement» (sul punto imprescindibile è J.G. GRIFFITH, *The Divine Verdict: a Study of Divine Judgement in the Ancient Religions*, in M.H. VAN VOSS - H.G. KIPPENBERG - K.J.Z. WERBLOWSKY [ed.], *Studies in the History of Religions*, III, Leiden, 1991, *passim*).

⁹⁷⁰ H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 41.

⁹⁷¹ Sulla collocazione temporale della vita di Pepiankh, cfr., J. PIRENNE, *Histoire des Institutions et du Droit privé de l'Ancienne Egypte*, III, Bruxelles, 1935, 570.

⁹⁷² Cfr., per il testo, A.M. BLACKMAN, *The Rock Tombs of Meir*, IV, 1924, 24 ss. (nonché Urk. I, 221-224).

⁹⁷³ Sulla categoria degli *imakhu*, cfr. J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 242.

mrrt nTr is pw (...); B 1 ir.n.(i) ahaw nb ir(w).n.(i) Hr crt m iAt Dbaw.t r pHwy n sp cDr.(i) Dbaw.wt.(i) Hr.t(i) r(i) Dr rdi.t(w).(i) m cr (Io ho vissuto i miei cent'anni tra gli *imakhu* viventi nel pieno della mia forza vitale; ho passato la più parte di questa mia vita come sommo sacerdote della dea Hator ...; io ero presso il re un suo *imakhu*; io ero un *imakhu* del grande dio ...; sono stato un *ser* che sempre ha fatto il bene nell'esercizio delle sue funzioni, cosa amata, così da mostrare al dio ... il mio valore; io ho giudicato i due contendenti sì che fossero soddisfatti, perché il dio vuole questo ... e io lo sapevo; tutto il tempo che ho esercitato la funzione di *ser*, ho fatto ciò sino alla fine con il sigillo reale).

Così, allo stesso modo, un altro eminente rappresentante della macchina 'statale' faraonica dell'Antico Regno, Neferseshemra, non esita ad affermare⁹⁷⁵:

ir.n.(i) mAat⁹⁷⁶ n nb.c⁹⁷⁷ / sHtp.n.i-cw n mrrt / Dd.n.(i) mAat ir.n.i mAat / Dd.n.(i) nfr⁹⁷⁸ wHm.n.(i)⁹⁷⁹ nfr / (...) mr.i nfr im n rmT(t) (Ho realizzato *ma'at* in luogo del suo signore / ho reso lui in pace facendo ciò che egli ama / ho pronunciato *ma'at*, ho realizzato *ma'at* / ho detto ciò che è giusto e perfetto / sono stato araldo di ciò che è giusto e perfetto / ... ho amato fare il giusto per gli uomini).

Sia Pepiankh che Neferseshemra rivestirono in vita la carica di vizir: carica che, ben testimonia non solo la originaria indistinzione tra gli aspetti religiosi e quelli giuridici - così marcata durante i secoli del Regno Antico -, bensì l'assenza 'regolare' del principio - democraticamente orientato - della separazione dei poteri⁹⁸⁰: vero è, infatti, che con l'avvento della IV dinastia, il dogma della natura

⁹⁷⁴ Cfr., sull'espressione, A. BONGIOANNI - M. TOSI, *Spiritualità dell'antico Egitto. I concetti di akh, ba e ka*, Rimini, 2002, 16.

⁹⁷⁵ Urk. I, 198.14-18.

⁹⁷⁶ Sul 'realizzare *ma'at* in luogo del faraone, cfr. V.A. TOBIN, '*Ma'at*', cit., 113 s.; N. SHUPAK, *A New Source for the Study of the Judiciary al Law of Ancient Egypt: The Tale of the Eloquent Peasant*, in *JNES*, LI.1, 1992, 1 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat and Hesiodic Metis*, in *Mnemosyne*, LVII, 2004, 187.

⁹⁷⁷ Fa riferimento al monarca, come giustamente sottolinea A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 60; *contra*, F. DAUMAS, *La naissance de l'humanisme dans la littérature de l'Égypte ancienne*, in *OA*, I, 1962, 159 s.

⁹⁷⁸ Sull'uso di *nfr* nel senso di giusto e perfetto cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *nfr*, in *Wörterbuch*, II, cit., 253 ss.

⁹⁷⁹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *wHm*, in *Wörterbuch*, I, cit., 341 ss.

⁹⁸⁰ Cfr., in tema, J. PIRENNE, *La loi et les décrets royaux en Égypte sous l'Ancien Empire*, in *RIDA*, IV, 1957, 21; S. ALLAM, *Quenbete*, cit., 13.

divina della funzione regale - per cui il monarca identificava la propria *auctoritas* con quella che fu, secondo la teologia eliopolitana, la forza creatrice del dio-sole⁹⁸¹ - si estende all'intera 'macchina statale-culturale' e, quindi, ai poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo. Teoria dello 'stato' e 'teologia' si compenetrano *in unum*, talché culti divini ed esercizio dei poteri statali vanno a confondersi: Thot, nTr n hp.w, ossia il dio delle leggi, ha come massimo esercente del suo culto il vizir, al contempo primo ministro e giudice supremo (TAiti sAb TAty) e *Ma'at*, personificazione della giustizia e patrona dei tribunali, ha come propri sacerdoti i giudici stessi⁹⁸².

Quanto, più in particolare, alla carica di vizir (che, se durante la IV dinastia viene attribuita esclusivamente ai 'figli del re', con la V è esercitabile da qualsiasi membro della nobiltà), essa in sé assomma, come lasciano intendere i titoli ad essa afferenti, una pluralità di poteri: il vizir, infatti, è nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie 'Presidente del tribunale supremo' denominato 'Grande Corte dei Sei', e come tale 'Sovrintendente di tutti i giudizi', inoltre è 'Profeta di *Ma'at*'⁹⁸³. L'aurea che oggi si definirebbe religiosa è innegabile, e sconcertante è la allora pacifica, normale attribuzione di cariche contestualmente istituzionali (proprie del potere amministrativo e giudiziario) e religiose. Tutto ciò, tuttavia, non significa affatto che il vizir, in quanto legittimato a pronunciarsi per la divinità (ossia tanto per il re, come risulta dai due passi sopraccitati, quanto per *Ma'at*, come si evince dalla titolatura testé rammentata) sia *absolutus*: la legge procedurale, le istruzioni regali, i precedenti e l'equità - come è agevole ricavare dalle Istruzioni al Vizir Rekhmira (XVIII Dinastia) - sono, infatti, i referenti che dovevano animare l'esercizio della sua funzione di sommo giudice-sacerdote (ll. 4-20)⁹⁸⁴.

⁹⁸¹ Cfr., per tutti, R. ANTHES, *Egyptian Theology in the Third Millennium B.C.*, in *JNES*, XVIII.3, 1959, 169 ss.

⁹⁸² Vd., ampiamente J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 139 ss.

⁹⁸³ Cfr., sul punto, J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 139 ss.

⁹⁸⁴ Cfr. N. DE GARIS DAVIES, *The Tomb of Rekh-mi-rê at Thebes*, I, New York, 1943; 86 ss.; vd., altresì, R.O. FAULKNER, *The Installation of the Vizier*, in *JEA*, XLI, 1955, 22 ss.; K. SETHE, *Die Einsetzung des Viziers*, Leipzig, 1909, 7 s.; G.P.F.VAN DEN BOORN, *The Duties of the Vizier. Civil Administration in the Early New Kingdom*, London, 1988 (vd., per il testo geroglifico, ovviamente, anche Urk. I, 1086-1093).

mk iw cprw⁹⁸⁵ n Smaw (tA)-mHw, (tA) r-Dr.f apr(w) r cDm m xA [n TAty] / ix mAn.k n.k irt xt nbt mi ntt r hp irt xt nbt r mt(r) iryw m rdit s nb r wn.f mAa (...) / mk ibw pw n cr irt xt xft tp-rd m irt Dddt cprw wpy⁹⁸⁶ nn Dd.f n [rdi.twi] r wn.i mAa / (...) bwt nTr rdit Hr gc iw nA m cbAyt kA.k ir.k mitt mA.k rx n.k mi xm n.k tkn im.k mi wA [r.k] (...) / m wn n hnnt.k mdw.⁹⁸⁷ ir wnn wn cprw nty r cpr r.k / m [ni] nA Dd.f m Ddt hd.k-cw rdi.n.k cDm.f nA hd.k cw Hr.c mk.tw Dd.tw mr cprw hnn Tsw.f r cDm iit.[n.f] Hr.c / m ir Adw r s m nf Ad.k Hr Adt Hr.c (...) / mk [S]fyt nt [s]r ir.f mAat (...) / mk c(y) pH.k n ir.k tA iAt ir.k mAat mk Abbt irt mAat m prw TAty mk [ir TAty] iry.c pw mt(y) Dr nTr mk Dd.t(w) r sS wr n TAty, mA't sS xr.t(w) r.f ir ist xA sDm.k im.f iw wcxt im.f xrn Xr ssw wDa-mdw⁹⁸⁸ [nb] ir irt(y).f(y) / mAat Xr HAt rmT(t) nbt TAty pw mk wnn s m iAt.f ir.f xt xft Hr dd(w) n.f bak n s ir.f xft Ddt [n].f m ir Ab[t].k m [x]t ntt rx.t(w) hp(w)⁹⁸⁹ iryw mk xr dmi n sxm-ib mri nb snDw r sxm-ib. Ix ir.k hft pa Hr dd(w) n.k. (Ecco, se si presenta da te chi pretende di far valere un proprio diritto, o del Sud o del Nord, da tutto l'Egitto, per ottenere udienza nell'ufficio del vizir, devi controllare che tutta la procedura avvenga in conformità della legge, e devi giudicare ogni controversia secondo equità, in modo tale che a ognuno sia riconosciuto il proprio diritto ... / Ecco, un *ser* deve svolgere la sua funzione secondo le istruzioni: questo è il suo rifugio; chi agisce in giudizio non sia giudicato mai in modo tale da dire 'non è stato riconosciuto il mio diritto' / ... Giudicare arbitrariamente è cosa abominevole

⁹⁸⁵ Cfr. N.N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 10; E. PERRY, *A Critical Study of the Eloquent Peasant*, 1986, Michigan, 154; R.O. FAULKNER, voce cprw, in *A Concise Dictionary of Middle Egyptian*, Oxford, 1962, 223.

⁹⁸⁶ Sul verbo 'wpy', cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce wpy, in *Wörterbuch*, I, cit., 298 ss. («trennen; richterlich trennen; öffnen; entscheiden»); proficuamente, si vd., inoltre, R. ANTHES, *The Legal Aspect of the Instruction of Amenemhet*, in *JNES*, XVI.3, 1957, 176 ss., 181.

⁹⁸⁷ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce mdw, in *Wörterbuch*, II, cit., 480 («Wort; Rede; Angelegenheit»); vd., inoltre, A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 20; E. PERRY, *A Critical Study*, cit., 230.

⁹⁸⁸ Sull'espressione wDa-mdw, cfr., A. ERMAN - H. GRAPOW, voce wDa, in *Wörterbuch*, I, cit., 405, ove si rende con «(ab)trennen; richten; zuweisen» il verbo semplice e con «richten (zwischen zwei Parteien)» il composto; cfr., inoltre, A.G. McDOWELL, *Jurisdiction*, cit., 23, nonché N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 12 s.

⁹⁸⁹ Cfr., per ora, sul sostantivo hp, dal punto di vista linguistico, C.F. NIMS, *The term hp, 'Law', 'Right' in Demotic*, in *JNES*, VII.4, 1948, 243 ss.; nonché, in particolare, sull'esistenza di leggi scritte, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 s.; Id., *La formation*, cit., 13 ss., contro la tesi di J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.

per il dio / ecco l'insegnamento: agisci in conformità ad esso e considera sullo stesso piano chi conosci e chi non conosci, chi t'è vicino come chi ti è lontano / ... se qualcuno ricorre a te per far valere i suoi diritti / non licenziarlo adducendo ciò che lui ha detto, ma solo dopo aver motivato il mancato accoglimento della sua pretesa ché chi agisce in giudizio preferisce che la sua richiesta venga ascoltata più ancora di vincere la causa./ Non ti scagliare ingiustamente contro un uomo, ma fallo solo se ciò è fondato ... Ecco, il prestigio di un *ser* sta nel realizzare *ma'at*. / Ecco che tu sarai in grado di far ciò a patto che la tua funzione sia esercitata realizzando *ma'at*, ché è realizzare *Ma'at* ciò che deve fare un vizir con la sua condotta. / Ecco, il vizir ne è il protettore dai tempi del dio e si dice che il suo scriba capo è lo scriba di *ma'at*. L'ufficio nel quale tieni udienza è dotato di un luogo ove vengono conservate tutte le sentenze poiché chi deve realizzare / *Ma'at* pubblicamente, dinanzi a tutti gli uomini, questi è il vizir. Vedi, l'uomo conserva la propria magistratura se giudica in conformità alle istruzioni che gli sono state date ed è felice l'uomo che agisce in conformità alle prescrizioni dategli. Non fare dunque ciò che vuoi nei processi / di cui conosci le leggi da applicare: ché il re preferisce chi agisce secondo le istruzioni a colui che pensa di poter agire arbitrariamente).

Non solo l'esercizio del potere giudiziario - in una con quello esecutivo, essendo il vizir anche il primo ministro - manifestava la forte unitarietà della sfera del giuridico e del religioso: la stessa analisi di alcune fattispecie che oggi ricondurremmo all'ambito del diritto privato permette di apprezzare il principio di indistinzione di cui si è detto.

Così un'iscrizione, ancora databile al Regno Antico, testimonia come dinanzi ad un consesso di testimoni prevalentemente sacerdotale (i Hmw-kAw⁹⁹⁰ Ini, Sabni, Niankhher, il Xrty-nTr, ossia l'addetto alla necropoli, Meha, il collegio religioso formato da Nehut e Kamipu, i costruttori Ini e Rahertep, il macellaio Tjenti), oltre ai membri della corte (DADAt⁹⁹¹) della piramide di Cheope,

⁹⁹⁰ Sulla figura e sulle funzioni del cd. prete funerario (Hm-kA), si rinvia a S. ALLAM, *Le Hm-kA était-il exclusivement pretre funerarie?*, in *RdE*, XXXVI, 1985, 1 ss., secondo il quale tale figura era deputato a provvedere alle offerte per il *ka*, tanto in vita quanto dopo la morte, ma anche T. MRISCH, *Untersuchungen*, cit., 120 ss. che reputa che detto soggetto in realtà non sarebbe un vero sacerdote, ma un custode della statua e sorvegliante della regolarità del culto funerario.

⁹⁹¹ Cfr., Cfr., S. ALLAM, *Quenbete*, cit., 11 ss., nonché, S. GABRA, *Les Conseils de fonctionnaires dans l'Egypte pharaonique*, Le Caire, 1929, 7 ss., 33 ss.; I.M. LURJE, *Studien zum altägyptischen Recht des 16. Bis 10. Jahrhunderts v.u.Z.*,

verosimilmente entro i locali di un tempio⁹⁹², un venditore - qualificato come 'lo scriba Tjenti' - in quanto non aveva ancora eseguito la prestazione oggetto della sua obbligazione - trasferimento della casa compravenduta con ciò che era in essa contenuto - a favore dell'acquirente - l'artigiano (mHnk) Serefka⁹⁹³ - che già, invece, aveva pagato il prezzo pattuito (beni per un valore complessivo di dieci *shat*⁹⁹⁴), ricorre ad un giuramento, a mezzo del quale chiama in causa la divinità del sovrano⁹⁹⁵, onde garantire il futuro adempimento e la conformità del bene a quanto convenuto⁹⁹⁶:

Weimar, 1971, 63 ss.; H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften*, cit., 159 s.; W.C. HAYES, *A Papyrus of the Late Middle Kingdom in the Brooklyn Museum (Papyrus Brooklyn 35.1446)*, Brooklyn, 1955, 45 s.

⁹⁹² E. SEIDL, *Einführung*, cit., 51.

⁹⁹³ Il nome è dato sulla base della ricostruzione del testo di H. GOEDICKE, *Die privaten Rechtsinschriften*, cit., 151 s.

⁹⁹⁴ Su detta unità di misura non si può che rinviare a E. CHASSINAT, *Un type d'étalon monétaire sous l'ancien Empire*, in *Rec. Travaux*, XXXIX, 1920, 87, che discorre di un «système monétaire officiel» in virtù del quale «les transactions entre particuliers, lorsqu'elles donnaient lieu à des formalités d'ordre juridique, étaient soumises à la même règle d'estimation: la nature du paiement était laissée au choix des parties, mais la valeur des matières constituant le versement était appréciée sur la base de l'étalon de métal».

⁹⁹⁵ J.A. WILSON, *The Oath in Ancient Egypt*, in *JNES*, VII.3, 1948, 130 s., sostiene che la differenza intercorrente «between a juridical and non juridical oath may seem to be of minor importance in a state which was basically sacred, inasmuch as secularization and the impersonal authority of law were secondary to the personal authority of the god-king», sicché il giuramento «in the name of a king or of a god-king in itself invoked that deity as a witness and thus ... had a force as binding»; del pari, cfr. S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 17. Si rammentino, peraltro, i cd. contratti di Messuia, che, stipulati durante il regno di Amenhotep III, avevano ad oggetto mano d'opera servile - una sorta di *locatio operarum* o *operis* - e che testimoniano l'impiego del giuramento allorché vi fosse un differimento nel tempo dell'esecuzione di una prestazione: cfr. A. THEODORIDES, *The Concept*, cit., 313 s.

⁹⁹⁶ Per il testo geroglifico cfr. Urk. I, 157-158; in tema vd. J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 293 ss., 342 ss., nonché A. THEODORIDES, *L'acte*, cit., 31 ss. (con ampissima bibliografia).

Dd.f in.n.(i) pr pn r isw xr sS Tnty / rdi.n.(i) 10 Sat ir.f⁹⁹⁷ (...) / sS Tnty Dd.[n.f]⁹⁹⁸: / anx nswt, di.(i) wn-mAa⁹⁹⁹ Htp.k¹⁰⁰⁰ Hr.c r xpr imy(t) nb.t n.t pr pn mH.n.k DbA(w)¹⁰⁰¹ ipn m wDb¹⁰⁰²/ xtm r xtm xt m-bAH DADAt n.t mr Axty xfw [m-bAH] mtr(w) aSAw¹⁰⁰³ (egli dice: ho acquistato a titolo oneroso questa casa dallo scriba Tjenti / e gli ho pagato un valore di dieci *shat* ... / Dice lo scriba Tjenti: io giuro sulla vita divina del Faraone di dare ciò che è conforme a *Ma'at*, e di adempiere alla obbligazione che nasce nei tuoi confronti dal negozio affinché tutto ciò che è dentro questa casa sia a te trasferito. Tu, infatti, hai già effettuato il pagamento previsto quale controprestazione. / Contratto siglato alla presenza della corte della piramide di Khufu e di numerosi testimoni).

Un ulteriore conforto alla tesi della indifferenziazione risiede in quello che chiamerei il fenomeno (peraltro particolarmente diffuso) della 'patrimonializzazione' della carica sacerdotale. La celebre stele di Ahmes Nefertari, secondo la persuasiva interpretazione del Kees e del Gitton¹⁰⁰⁴, ad esempio, ci rende edotti che la regina,

⁹⁹⁷ B. MENU - I. HARARI, *La notion*, cit., 148, mettono in luce come dal testo risulti che «la contrepartie ... à déjà été versée», sicché sarebbe in torto J. PIRENNE, *Histoire*, II, cit., 295, a parlare di 'consensualismo' egizio.

⁹⁹⁸ Leggo Dd.f e non Dd.n.f con H. SOTTAS, *Etude Critique sur un Acte de Vente Immobilière du Temps des Pyramides*, Paris, 1913, 7 s.

⁹⁹⁹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce wn-mAa, in *Wörterbuch*, I, cit., 310, che rendono la perifrasi sostantivata «Wahrheit; Richtigkeit»; pensa invece a un impiego copulativo, K. SETHE, *Aegyptische Inschrift auf dem Kauf eines Hauses aus dem Alten Reich*, in *Berichte über die Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften*, LXIII, 1911, 147 che traduce «ich werde machen, dass es in Ordnung ist»; così come E. EDEL, *Altägyptische Grammatik*, Roma, 1955, che traduce «ich werde veranlassen dass es in Ordnung ist».

¹⁰⁰⁰ Per sHtp nel senso di *solvere*, cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce sHtp, in *Wörterbuch*, IV, cit., 221 s., sicché Htp può intendersi come 'essere soddisfatto' in quanto a seguito del pagamento.

¹⁰⁰¹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce DbA, in *Wörterbuch*, V, cit., 555: «ersetzen; bezahlen; vergelten».

¹⁰⁰² Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce wDb, in *Wörterbuch*, I, cit., 408: «umwenden; zuwenden».

¹⁰⁰³ B. MENU - I. HARARI, *La notion*, cit., 148, sottolineano che «le contrat est scellé en présence du Conseil de la ville de la pyramide et devant des témoins», e che questi ultimi «sont ceux de Tenty, pour la raison que nous venons d'énoncer: le scribe Tenty n'a encore exécuté son obligation».

¹⁰⁰⁴ M. GITTON, *La résiliation d'une fonction religieuse: nouvelle interprétation de la stèle de donation d'Ahmes Nefertary*, in *BIFAO*, LXXVI, 1976, 65 ss.; E. KEES, *Das Gottesweib Ahmes-Nofretere Amons-priester*, in *Orientalia*, XXIII, 1954, 57 ss.; *contra*, vd. la serrata argomentazione di B. MENU, *La stèle d'Ahmès Nefertary dans son contexte historique et juridique*, in *BIFAO*, LXXVII, 1977, 89 ss.

attraverso il negozio detto *imyt-pr*, trasferisce il proprio sacerdozio di Seconda Profetessa di Amon (*hmt nTr nt imn*), al marito, il faraone Ahmosis, ottenendo da quest'ultimo, quale controprestazione¹⁰⁰⁵, una pluralità di beni per un valore complessivo di 1010 *shat* (l.13): *qn.n.s tA iAt Htm.ti*¹⁰⁰⁶ *Dd.n.s grH.kwi Hr tA swnt*¹⁰⁰⁷ (la carica [sacerdotale] le è stata completamente pagata ed ella ha detto: «Sono soddisfatta per il prezzo»). Operazione analoga a quella testé descritta si rinviene, altresì, nel Pap. Kahoun II.1 (XII dinastia) dove la 'merce' è rappresentata da *fAt wAwAw*, ossia dal complesso di funzioni (religiose)¹⁰⁰⁸, contro il pagamento di un 'capitale'¹⁰⁰⁹ - rimasto, invero, inadempito -, da parte di uno scriba, talché il figlio del venditore, morto quest'ultimo, fa valere giudizialmente il credito del padre (ll. 37 ss.): *Dd.n.f n it.i iw.i rdit n.k tp Hna fAt wAwAw nb n.k-imy* (ed egli disse a mio padre: «lo ti darò un capitale in una col trasferimento di tutte le funzioni che tu eserciti»). Allo stesso modo, grazie alla iscrizione contenuta nella celeberrima 'Stele giuridica' di Karnak, sappiamo che il Principe di Nekheb, Keksi, convenuto in giudizio dal fratello Sebeknakht, per un cospicuo debito, rimasto non onorato, ammontante a 60 deben d'oro, nell'impossibilità di adempiere all'originaria obbligazione (contratta verosimilmente a titolo di mutuo¹⁰¹⁰), propone alla prima udienza, presso l'ufficio dell'Araldo del distretto settentrionale Kamosis (*m xA n wHmw n wart mHtt*), al procuratore attoreo - il Profeta dell'Horus di Nekheb, omonimo della parte processuale rappresentata - quale 'dazione in pagamento', il trasferimento - sempre a mezzo di *imyt-pr* - della propria carica, considerando a titolo di *swnt* (*i.e.* prezzo già versato) l'ammontare in oro prestato: *DbA.n.i n.f st m tay.i iAt HAtya n nxb pHt n.i m Xt n it.i imy-rA niwt TAty (...)* *rdi(w) m mitt m Hr n pa Hm-nTr s. nty m rdw n pA hAtya n nxb. hr(w) Hr s m mitt* (ll. 19-21).

¹⁰⁰⁵ Cfr. R. VERSTEEG, *Law*, cit., 112, il quale ricorda come l'atto di *imyt-pr* fosse impiegato già nel Medio Regno «for a certified deed of conveyance of real property».

¹⁰⁰⁶ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *Htm*, in *Wörterbuch*, III, cit., 198: «tilgen (die Schuld); bezahlen».

¹⁰⁰⁷ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *swnt*, in *Wörterbuch*, IV, cit., 68: «Handel; Kaufpreis». Cfr., altresì, A. THEODORIDES, *L'acte*, cit., 42.

¹⁰⁰⁸ K. SETHE, *Ägyptische Lesestücke zum Gebrauch im akademischen Unterricht, Texte des Mittleren Reiches*, Darmstadt, 1959, 91; A. THEODORIDES, *L'acte de sounet (vente) dans la Stèle juridique de Karnak*, in *RIDA*, VI, 1959, 118.

¹⁰⁰⁹ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *tp*, in *Wörterbuch*, V, cit., 267.

¹⁰¹⁰ Si prende atto che B. MENU, *Le prêt en droit égyptien*, in *Etudes sur l'Égypte et le Soudan anciens*, Lille, 1973, 59 ss., non cita il passo (propendendo così implicitamente alla tesi del deposito).

Concludiamo con un'ultima importante testimonianza: quella relativa alla 'contrattualizzazione del culto funerario'¹⁰¹¹. In virtù delle radicate credenze egizie relative alla vita ultraterrena, difatti, la sopravvivenza *post mortem* poteva essere garantita unicamente da un adeguato e continuo sostentamento verbale-materiale 'spiritualizzato', sicché, alla luce di ciò, è comprensibile come l'importanza dell'espletamento del culto funerario del *ka* dei privati fosse considerata - escatologicamente - troppo elevata perché la pratica dei riti necessari per assicurare la vita eterna al defunto potesse essere lasciata alla semplice 'pietà filiale'¹⁰¹². Di qui la prassi, ben testimoniata per il Medio Regno, di rivestire di forme 'giuridicamente vincolanti' i servizi funerari di nutrimento del *ka*, deducendo questi ultimi a prestazione contrattuale: Hapidjefa, governatore di Assiut sotto la maestà di Sesostri I (XX secolo a.C.), ad esempio, ne concluse - come testimoniano le iscrizioni della sua

¹⁰¹¹ Secondo la nota interpretazione di Sethe, il carattere spirituale della sopravvivenza dell'uomo, messo in luce dalla teologia solare, presuppone che il *ba* di un defunto - vale a dire la sua personalità - dopo la decomposizione delle carni rimanga legato all'elemento divino che si ritrova nell'uomo, il *ka*, 'Lebenskraft' (cfr. U. SCHWEITZER, *Das Wesen des Ka im Diesseits und Jenseits der Alten Aegypter*, Hamburg, 1956, *passim*, la quale, dopo aver precisato il significato più adeguato da attribuire a *ka*, prende in esame la questione delle statue del *ka*, ossia di quei simulacri di appoggio, la cui perduranza era necessaria per la sopravvivenza del *ka* stesso). Così, secondo radicate credenze religiose, al fine di garantire la sopravvivenza del *ba* attraverso una 'alimentazione' atta a ricostituirne la forma apparente, è imprescindibile procedere a offerte funerarie di 'energie' (*kaw*) che, ridotte a pura 'essenza' mediante combustione o evaporazione, permettano di mantenere per l'eternità il *ba* del defunto che, insieme al *ka*, poteva fruire dell'immortalità. Ma il potere creativo della parola spesso sostituiva l'atto materiale: pronunciare la formula di un'offerta equivaleva a compierla, sicché l'offerta funeraria stessa era concepibile, anzitutto, come una preghiera ad Osiride o Anubi, affinché questi procurassero i necessari *kaw* (vd. K. SETHE, *Übersetzung und Kommentar zu den altägyptischen Pyramidentexte*, IV, Glückstadt - Hamburg, 1962, 123). Come è stato ben sintetizzato, «il sacerdote funerario, incaricato di presentare le offerte al *ka* del defunto, si riconosce abitualmente nello *hemka*, 'servo del *ka*'. Nell'antico Regno sacerdoti di questo tipo celebravano ogni giorno riti in suffragio dei defunti, di solito illustri dignitari imparentati con la famiglia reale o potenti funzionari statali, i quali nel corso della loro vita avevano predisposto donazioni di terra e prodotti agricoli, in modo tale che si devolvessero quotidianamente offerte per i loro *ka*. I servi del *ka*, dopo la presentazione delle offerte, facevano libagioni d'acqua recitando le formule che magicamente dovevano ricreare la realtà» (A. BONGIOANNI - M. TOSI, *Spiritualità*, cit., 51; per un'utile rassegna antologica delle principali teorie sui concetti di *akh*, *ba* e *ka*, vd., inoltre, Id., *Spiritualità*, cit., 125 ss.). Un altro esempio delle 'performative utterances' alla Austin.

¹⁰¹² S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 25 ss.

tomba – addirittura dieci, dei quali si riportano, di seguito, il n. 1 (ll. 273-276), il n. 6 (ll. 302-304)¹⁰¹³:

Xtm.t¹⁰¹⁴ irt.n HAty-a imy-rA Hmw-nTr Hapy-DfA mAa-xrw¹⁰¹⁵
 hna¹⁰¹⁶ wnwT Hwt-nTr nb wpwAwt nb sAwt m rdi.t n.f tA-HD Hr
 wab nb n Xnt(y).f nty m Hwt-nTr nt inpw nb n rA-qrrt, m rnpt 5
 Hryw cw 1 xft wDA wpwAwt nb sAwt r Hwt-nTr tn rdit.n.f s cn
 Hr.c Xrt.f m kA mAa(w) n wpwAwt nb sAwTm Hwt-nTr tn, xft
 wDA.f ir.c m wabwt.f prrt n HAty-a aHa.n Dd.n.f n.cn r Dd m.Tn
 rdi.n.i n.Tn tA wabt prrt n.i m Hwt-nTr n mrwt mnx(w) pA tA-
 HD didiw.Tn n.i. aHa.n rdi.n.cn n.f n Xnt(y).f Xr a n Hm-kA.f iwa
 n kA xnt rdi.n.f n.cn m wabt tn. aHa.n. cn hrw¹⁰¹⁷ hr.c
 (Contratto scritto in forma pubblica [Xtmt] concluso tra il
 Governatore e Sommo Sacerdote Hapidjefa, dichiarato
 conforme a *ma'at*, e i preti *unut* del tempio di Upuaut, signore
 di Assiut: ciascun prete *uabu* si impegna a offrire un pane
 bianco alla sua statua che si trova nel tempio di Anubis,
 signore della necropoli Raqerret, il primo dei cinque giorni
 epagomeni, allorché Upuaut, signore di Assiut, si manifesterà
 in questo tempio, contro la dazione, da parte sua – di
 Hapidjefa – e a loro vantaggio, di una porzione di toro
 sacrificale che gli si deve in questo tempio, in onore di Upuaut,

¹⁰¹³ Per il testo cfr. F.L. GRIFFITH, *The Inscriptions of Siut and Der Rifeh*, London, 1889, pll. 6-8; Cfr., in generale e con ampio ragguaglio bibliografico, A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 109 ss. e Id., *A propos du sixième contrat du Gouverneur Hapidjefa*, in *AIPHOS*, XX, 1973, 439 ss.; nonché Id., *The Concept*, cit., 303 e Id., *Le problème*, cit., 19. Si segnalano, altresì, B. MENU, *Quelques principes d'organisation du travail d'après les textes du Moyen Empire égyptien*, in A. THEODORIDES, *Le droit égyptien*, cit., 196 s.; vd., inoltre, S. ALLAM, *De la divinité*, cit., 26 s.; Id., *Quenebete*, cit., 42; R. VERSTEEG, *Law*, cit., 195 ss. e nt. 39; E. REVILLOUT, *Precis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Paris, 1903, 20 s.

¹⁰¹⁴ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *Xtmt*, in *Wörterbuch*, III, cit., 352; E. SEIDL, *Einführung*, cit., 24; W.C. HAYES, *A Papyrus*, cit., 122; H. GOEDICKE, *Die Privaten Rechtsinschriften*, cit., 117 s.

¹⁰¹⁵ Sul significato originale e sulla sua evoluzione, cfr. l'illuminante saggio di R. ANTHES, *The Original Meaning of mAa-xrw*, in *JNES*, XIII.1, 1954, 21 ss.

¹⁰¹⁶ Come ben sottolinea A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 232 s. «par essence le contrat-xtmt est lui bilatéral, et il est dresse Hna, 'avec' quelqu'un» e «Hna est l'indice d'une coopération à l'élaboration de l'acte», sicché «nous sommes convaincu que l'acte-xtmt se faisait ... sous forme d'une déclaration et que exprime une participation à une discussion, qui devait aboutir au consentement»: sul punto cfr., ampiamente, Id., *La preposition Hna dans les documents égyptiens de nature juridique*, in *RBPH*, XLVII, 1969, 1315 s.

¹⁰¹⁷ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *xrw*, in *Wörterbuch*, II, cit., 496 s., che rendono come aggettivo «zufrieden; ruhig; angenehm» e, come verbo, «zufrieden sein; angenehm sein».

allorché questo dio si manifesta: tale ostia purificata, infatti, si deve consegnare al Governatore. Egli così ha parlato: «ecco io vi do questa ostia che mi deve essere consegnata nel tempio, cosicché sia retribuita l'offerta di pane bianco che su di voi incombe». Essi si sono obbligati verso di lui a favore della sua statua sotto la sorveglianza del suo *hemka*, a offrire una coscia di toro da prelevare da ciò che egli ha loro dato di tale ostia. Essi hanno manifestato il loro consenso a riguardo).

Xtmt irt.n Haty-a imy-ra Hmw-nTr Hapy-DfA mAa-xrw hna imy-ra Hmw-nTr n wpwAwt, m ASr n iwf prr Hr aH didiw Hr http n kA nb sftw m Hwt-nTr Hna Hnqt ctA n dc ¼ hrw nb n wn-Hr prr n imy-ra Hmw-nTr nb imy hAw.f rdit.n.f n.f Hr.c hrww 2 nw Hwt-nTr m xt.^{f1018} nw pr it.f n is m xt pr hAty-a aHa.n Dd.n HAty-a Hapy-DfA r Dd: Sm ASr pn n iwf Hna Hnqt cTA pn n hrw nb n wn-Hr, prr.cn n Hnt(y).i Xr a n Hm-kA.i. aHa.n.f hrw Hr.c r-gc qnbt nt Hwt-nTr¹⁰¹⁹ (Contratto scritto concluso tra il Governatore e Sommo Sacerdote Hapidjefa, dichiarato conforme a *ma'at*, e il Sommo Sacerdote di Upuaut, avente ad oggetto la carne di animale sacrificale che deve deporsi sul braciere e sulla tavole dei sacrifici, per ogni toro abbattuto nel tempio e un *setcha* di birra di ¼ di *des*, cose che debbono offrirsi a ogni sommo sacerdote in funzione. Ciò che egli [Hapidjefa] si è impegnato a dare a lui [Sommo Sacerdote], a tal riguardo: due giorni del tempio che fanno parte del patrimonio ereditato da suo padre e non di quello della casa del Governatore. Il Governatore Hapidjefa ha dichiarato: «questa carne da sacrificio e questa misura di birra per ogni giorno di epifania dovranno essere offerte alla mia statua sotto il controllo del mio *hemka*». Egli [il Sommo Sacerdote] ha manifestato il suo consenso dinanzi al Consiglio del tempio).

Dunque, in virtù del primo contratto riprodotto, Hapidjefa si impegna a cedere ai cd. preti 'orari', o meglio 'di servizio'¹⁰²⁰, quale controprestazione per le offerte funerarie da devolvere - in concreto da parte degli *uabu*¹⁰²¹ - alla sua statua, un diritto che egli

¹⁰¹⁸ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *xt*, in *Wörterbuch*, I, cit., 124. Cfr., altresì, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 114 ss.

¹⁰¹⁹ Cfr. sulla funzione della *qnbt nt Hwt-nTr*, S. ALLAM, *Quenebete*, cit., 45, nonché A. THEODORIDES, *A propos du sixième contrat*, cit., 462.

¹⁰²⁰ Cfr. A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 116 e nt. 5.

¹⁰²¹ Cfr., A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 116, nt. 6: si tratta di sacerdoti 'purificati' in servizio.

ha acquisito con l'assunzione della carica di Governatore - diritto, peraltro, sia permanente in suo capo anche una volta dismessa la funzione governatoriale, sia trasmissibile *mortis causa*): quello di prelevare una parte prestabilita di ciascun toro da sacrificio abbattuto (ottenendo ciò dal tempio di Anubis) ogni qualvolta fosse portata in processione la statua di Upuaut.

Il sesto contratto - che il Seidl ha definito giustamente come un curioso «Fall eines Selbstvertrag»¹⁰²² - vede quali parti, da un lato, il 'privato' Hapidjefa, dall'altra il 'Sommo Sacerdote di Upuaut' in carica, ossia lo stesso Hapidjefa: il tutto dinanzi alla qnbt nt Hwt-nTr in funzione di testimone. Gli effetti del contratto paiono chiari: da un lato, il sommo sacerdote, che in quanto tale ha diritto ad ottenere per sé - per tutta la durata della sua carica - una parte di carne e di birra sacrificali, rinuncia a tale diritto impegnandosi a riservare la medesima parte a profitto del perenne culto della statua del 'privato' Hapidjefa, risultando così palese, come ha messo in luce Revillout, che «il désirait faire apporter à sa statue, après sa mort, ce qu'on lui apportait à lui même de son vivant quand il présidait aux cérémonies religieuses»¹⁰²³; dall'altro, Hapidjefa cede al Sommo Sacerdote - carica attualmente da lui stesso rivestita¹⁰²⁴ - il diritto, ereditato dal padre¹⁰²⁵, avente ad oggetto 'due giorni del tempio', ossia 1/180 dei redditi annui templari¹⁰²⁶.

I pochi, ma significativi, paradigmi qui rammentati mi paiono ben attestare - e ciò sino al Nuovo Regno - la perdurante, se non sempre monolitica, indifferenziazione tra 'diritto' e 'religione' nel mondo egizio: che una convenzione avesse ad oggetto lo scambio di un immobile contro un prezzo, ovvero di una carica sacerdotale

¹⁰²² E. SEIDL, *Einführung*, cit., 44.

¹⁰²³ E. REVILLOUT, *Précis*, cit., 21.

¹⁰²⁴ Cfr. A. ERMAN, *Life in Ancient Egypt*, trad. ingl., London, 1971, 147: «a people could so clearly grasp the double nature of an individuality as to allow him to conclude contracts with himself, was certainly long past the time of judicial infancy, and attained to a highly developed legal status».

¹⁰²⁵ Cfr. R. VERSTEEG, *Law*, cit., 197: «there are two aspects of the Hapdjefai contracts which deserve special comment. First, because Hapdjefai himself was a member of the priesthood with which he was contracting ... he had to delineate his roles and separate his obligations. As a consequence of this duality, he was able to pay his colleagues, at least in part, with rations from the temples to which he and his heirs would have otherwise been entitled. Second, Hapdjefai emphasized that the real property that he promised to give as consideration (in addition to temple rations) was property that derived from his family's inheritance, not property in which he had a life estate by virtue of being a nomarch. These two aspects of the Hapdjefai contracts illustrate that the Egyptians reached a sophisticated level of legal abstraction».

¹⁰²⁶ Cfr. A. THEODORIDES, *Les contrats*, cit., 126 s. e nt. 61.

contro un prezzo era cosa, come si è visto, del tutto indifferente; così come naturale era il principio per cui chi – tra l’altro – amministrava la giustizia dovesse essere ritenuto altresì legittimato a parlare in vece della personificazione divinizzata della giustizia stessa, *Ma’at*.

Le cose, in definitiva mi paiono ben diverse dallo *status* di «lawlessness» postulato da Wilson per giustificare l’assenza di ‘leggi scritte’ nell’Egitto antico e la convinzione secondo cui «each king was a newly reborn god, a source of verbal law» e «it would be unfitting if he were to be made the heir to a long-standing code which came from outside of him»¹⁰²⁷; ma, altresì, non mi pare fondata – se non sull’entusiasmo – la asserzione di Theodorides: «je ne serais pas étonné que nous trouvions un jour un recueil de définitions juridiques, de commentaires juridiques, voire un véritable trait de droit»¹⁰²⁸.

Da un lato, come si è visto, il monarca, fonte unica di prescrizioni, non è svincolato da queste ultime, non è ‘assoluto’ e libero di agire arbitrariamente, non è anche ‘fuori dall’ordinamento’ e dotato, pertanto, del potere di ‘sospendere l’ordinamento’¹⁰²⁹:

¹⁰²⁷ J.A. WILSON, *Authority*, cit., 7.

¹⁰²⁸ A. THEODORIDES, *Le problème*, cit., 19.

¹⁰²⁹ L’allusione non può che essere a Carl Schmitt. Secondo il grande ‘filosofo e politico’, il diritto inteso come ‘konkrete Ordnung’ in sé assomma concetti come quello di storia e di positivismo ed è concepito come un *quid* non di posto, ma di sorta sulla base di una involontaria evoluzione della quale solo la scienza giuridica può dar conto (C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, trad. it., Roma, 1996, 67). Il diritto non è solo norma, quindi, ma ‘prassi rivolta ad una decisione’: decisione promanante, anzitutto, dal sovrano. A lui l’ordinamento riserva la decisione ultima, ossia la proclamazione dello ‘stato di eccezione’ (C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 34, 61) e il potere, quindi, di sospendere lo stesso ordinamento (cfr., in tema, G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 19 ss.; ID., *Stato di eccezione*, Torino, 2003, 9 ss., 44 ss.; L. GAROFALO, *Homo sacer e ‘arcana imperii’*, in ID., *Studi sulla sacertà*, cit., 75 ss.; ID., *Carl Schmitt e la «Wissenschaft des römischen Recht»*, cit., 192 ss.). Sullo sfondo della secolarizzazione dei concetti teologici, Schmitt equipara il sovrano giudice e legislatore (e tale era innegabilmente anche il faraone) a Dio onnipotente: come quest’ultimo può decidere se compiere un miracolo e sospendere così le leggi naturali, così il sovrano può decidere se esistano i presupposti (di pericolo e di urgenza) che rendano necessario rendere quiescente (in uno stato di disattivazione che è pure conservazione) l’ordinamento, sicché «lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia» (C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 61). La concettualizzazione schmittiana non mi pare, tuttavia, conformabile alla realtà teologico-istituzionale dello ‘stato faraonico’: e ciò anzitutto perché il dio egizio (nelle sue infinite molteplici manifestazioni) non è ‘altro’ rispetto alla ‘natura’, ma è esso stesso oggetto di una considerazione puramente immanentistica. Il dio non comanda la natura; è ‘legge di natura’, è forza cosmica: «le dieu égyptien n’est pas créateur, pas transcendant du monde,

egli, anzitutto, è tenuto ad un ordine superiore, inderogabile, invincibile e totalizzante (*Ma'at*), ordine che si impone quale limite e fine del suo mandato divino; inoltre, la stele di Ahmes-Nefertari ci dipinge un monarca (Ahmosis), 'ingabbiato' nello schematico contrattuale della *imyt-pr*, costretto come qualsiasi altro privato, in altre parole, ad adeguarsi alle formule prescritte per acquistare un bene (qui, una carica sacerdotale), nonché a pagare il prezzo – peraltro particolarmente elevato – concordato; e ancora, le istruzioni al vizir Rekhmira testimoniano l'esistenza di cogenti norme procedurali che il vizir, quale delegato del faraone nell'amministrazione della giustizia, è tenuto – per ordine stesso di quest'ultimo – a seguire scrupolosamente.

Dall'altro, l'assenza di un procedimento logico di impronta greca¹⁰³⁰, nonché l'indifferenziazione sopra esaminata, hanno precluso l'affermarsi di una casta di esperti che potessero elevare la speculazione tecnico-giuridica a 'sapere professionale': casta che in Roma affondava sì le proprie origini in un fortissimo ritualismo prescrittivo e in un pensiero che intrecciava il piano delle *res humanae* con quello delle *res divinae*, ma che ben presto si seppe scindere quale autonoma depositaria di cognizioni, del tutto particolari, relative esclusivamente al piano 'orizzontale' dei rapporti interumani.

pas d'une autre origine que le monde, pas antérieur au monde, et il n'existe pas de toute éternité» (A. THEODORIDES, *La formation*, cit., 15; Id., *L'Orient et spécialement l'Égypte dans la pensée de Julien l'Apostat*, in *Atti Accademia costantiniana*, III, 1977, 383 ss.). Atteso, quindi, che il dio si identifica nella natura (nelle sue componenti materiali, energetiche, spirituali), e in una sorta di immanente determinismo non è ammesso ad eccedere la sua funzione di elemento cosmico (è vento, è sole, è acqua, è sovranità, è giustizia: ma è soltanto ciò), del pari, i dogmi della sovranità egizia impongono che il faraone, che incarna Horus (dio-regalità) ed è figlio di Ra (dio-sole e primordiale 'reggente'), quale surrogato della divinità stessa per regnare sull'umanità 'realizzando *Ma'at*' (cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 124 s.), non sia affatto, come vuole Schmitt, al contempo 'fuori e dentro l'ordinamento': egli è l'ordinamento e per non negare sé stesso, per non negare la sua funzione divina, non può che compiere il suo mandato ontologicamente astretto all'essere faraone. Sospendere l'ordinamento per l'Egitto antico, in definitiva, non sarebbe un miracolo (ossia un *quid* che è trascendente le leggi di natura, ma non è né negazione della natura né negazione della divinità, anzi sua manifestazione), bensì inconcepibile negazione del cosmo e inammissibile sovvertimento dell'essere.

¹⁰³⁰ A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 78, nt. 39: «nel definire un concetto la logica egizia procederebbe accostandone numerose sue definizioni, anche opposte tra loro, tutte ugualmente valide, che si integrano e si completano; in altre parole, una molteplicità di risposte che rendono comprensibile un'unica idea, uno schema caleidoscopico privo di dogmi».

'Weltordnung' e monarchia divina: alle fonti dell'antico diritto egizio.

Non v'è tra gli studiosi che si sono occupati, vuoi occasionalmente, vuoi *ex professo*, di *mAat* (*ma'at*), chi non abbia preliminarmente sostenuto la intraducibilità di detto sostantivo¹⁰³¹, significante di un «concept central de philosophie (sociologie, idéologie, cosmologie ...: 'vision') égyptienne», il quale, anzitutto, «semble effacer les limites entre la religion et tout ce qui n'est pas religion»¹⁰³²: ma, intraducibilità, ovviamente, non significa sempre e comunque in-intelligibilità, per quanto un concetto, come quello espresso dal segno *mAat*, possa dirsi di ardua decifrazione. Punto di partenza imprescindibile onde individuare la portata prescrittiva totalizzante di *mAat*, non può che essere che quella suggestiva interpretazione, la cui paternità è da attribuirsi a Helck, per cui il geroglifico di 'mAat', quale 'fonogramma simbolico', stilizzerebbe un 'basamento', sicché il significato primario del termine in parola sarebbe, per l'appunto, quello di 'Grundlage'¹⁰³³: *mAat* rappresenterebbe visivamente e concettualmente il fondamentale presupposto, il caposaldo 'metafisico' - ma da rendere immanente - della vita stessa nel cosmo o, meglio, il presupposto indefettibile perché l'«essere» sia 'cosmo', il *quid* che lega il tutto in una unità incrollabile. *MAat*, s'è affermato, è il principio per cui «the universe, the natural world, the state, and the individual were all seen as parts of the wider order»¹⁰³⁴.

L'elemento focale del concetto di *mAat* - seppur qualcuno ha ardito dire che una fedele ed esaustiva parafrasi di quest'ultimo sarebbe tale da prendere le dimensioni di una vera e propria «Kulturgeschichte»¹⁰³⁵ egizia - risiede nell'idea di ordine, verità e giustizia. Il cuore di *mAat*, non starebbe, come un tempo riteneva Morenz¹⁰³⁶, nell'etica (essendo, a ben vedere, l'etica stessa non tanto una sovracategoria inglobante, quanto una *species* dell'«Oberbegriff» *mAat*), bensì nell'ordine universale: una 'Weltordnung', per dirla con l'incisivo tedesco di Assmann¹⁰³⁷. Vero è, peraltro, che se si consulta il 'Wörterbuch der Ägyptischen

¹⁰³¹ Cfr., paradigmaticamente, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 e R. VERSTEEG, *Law*, cit., 21.

¹⁰³² J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

¹⁰³³ W. HELCK, voce *Maat*, in W. HELCK - E. OTTO - W. WESTENDORF (ed.), *Lexicon der Ägyptologie*, III, Wiesbaden, 1990, 1110 ss.

¹⁰³⁴ V.A. TOBIN, 'Ma'at' and 'Dike', cit., 113.

¹⁰³⁵ R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton von Amarna*, in *JAOS (Supplement)*, XIV, 1952, 2.

¹⁰³⁶ S. MORENZ, *La religion égyptienne*, cit., 120 ss.

¹⁰³⁷ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

Sprache', tra le numerose traduzioni rinvenibili, quale «das Rechte, die Wahrheit», non è dato trovare affatto quella di 'ordine cosmico'¹⁰³⁸: a quanto mi risulta, infatti, il primo a interpretare mAat attribuendole un significato non 'etico', bensì 'cosmico' e quindi unitariamente plurivalente, è stato il Bleeker¹⁰³⁹, in un'opera risalente al lontano 1929, destinata a divenire pietra miliare degli studi successivi e sostrato della *communis opinio* in tema di mAat.

La visione 'bleekeriana' avrebbe riscosso una fortuna straordinaria, invero, non solo nel campo dell'egittologia purtutto da essere elevata a *primum* degli studi sulle concezioni religiose e delle 'digressioni' di stampo giuridico¹⁰⁴⁰ -, ma anche nel campo della filosofia e della politologia, spesso imponendosi come 'matching dot' di più discipline, necessariamente involte al contempo per poter comprendere le innumerevoli sfumature insite nel concetto di mAat nonché da esso presupposte e implicate. Così Jaspers, nello sviluppare - sulle ceneri della catastrofe bellica e all'insegna di un programma etnocentrico e umanisticamente orientato - la celebre teoria dell'"Achsenzeit" (ossia dell'età storica, collocabile attorno al VI secolo a.C., in cui si sarebbe verificato un 'Durchbruch', una svolta radicale che avrebbe impresso i caratteri fondamentali dell'universo intellettuale odierno, massimamente occidentale), eleva il concetto 'monofisita' di 'Weltordnung' a paradigma antitetico al prodotto dell'età assiale stessa, vale a dire la 'bicipite' tensione tra il trascendente e lo *status quo*: così il pensiero egizio, entro tale quadro evolutivo, in quanto intimamente pervaso in ogni sua sfaccettatura da mAat, veniva concepito come 'Gegenwelt', prototipo di una civiltà dell'era pre-assiale¹⁰⁴¹.

Sulla stessa scia, si pone, di poi, il già menzionato Voegelin - politologo conservatore della scuola di Othmar Spann - che nel monumentale 'Order and History' contrappone la 'Weltordnung' egizia - o, meglio, più in generale, l'ordine cosmologico dell'antico Vicino Oriente - all'ordine storico di Israele e dei Greci¹⁰⁴². Se, da un lato, in Egitto il cosmo si imponeva quale modello archetipico di tutto ciò che è permanente ed ordinato, e tutto ciò che tende alla permanenza e all'ordine deve conformarsi ed integrarsi entro la 'Weltordnung', dall'altro, Israele - attraverso la rivelazione - e i Greci - attraverso la metafisica - si svincolarono dalla cattività

¹⁰³⁸ A. ERMAN - H. GRAPOW, voce mAat, in *Wörterbuch*, II, cit., 18 ss.

¹⁰³⁹ C.J. BLEEKER, *De Beteekenis van de Egyptische Godin Ma-a-t*, Leiden, 1929, *passim*.

¹⁰⁴⁰ R. VERSTEEG, *Law*, cit., 5 ss.

¹⁰⁴¹ K. JASPERS, *Vom Ursprung und Ziel der Geschichte*, München, 1949, *passim*.

¹⁰⁴² E. VOEGELIN, *Order and History*, I-IV, cit., *passim*.

cosmologica in un movimento che «beyond existence in an embracing cosmic order, entailed a progress from the compact form of the myth to the differentiated forms of history and philosophy»¹⁰⁴³. Ritorna il concetto, già visto, di 'compactness', ossia di indifferenziazione e, quindi, di identificazione programmatica del cosmo, della società, della natura e della cultura¹⁰⁴⁴; concetto che si incarna perfettamente nel segno mAat, il quale, per l'appunto, concerne al contempo la verità e la giustizia, e fa convergere *ad unum* – per citare Kelsen – la sfera del 'Sein' a quella del 'Sollen'¹⁰⁴⁵. Voegelin parlava di un ordine 'teopolitico' e 'cosmologico' in virtù del quale, da un lato, un dio creatore, preservatore e reggente il mondo, si manifestava nella carica del monarca, dall'altro, tutti i concetti politici e giuridici venivano semanticamente inclusi nel sostantivo 'vincolo', inglobante, per l'appunto, contemporaneamente le dimensioni del politico, del diritto, della religione e dell'etica¹⁰⁴⁶. E, indipendentemente da Voegelin, il filologo Schmid, nel suo 'Gerichtigkeit als Weltordnung', perveniva alla elaborazione di quel 'dogma trinitario' (che lo stesso Assmann avrebbe fatto proprio, seppur con qualche riserva, nelle sue trattazioni 'sociologiche' e 'politologiche'¹⁰⁴⁷) basato sulla credenza dell'esistenza di un dio supremo garante dell'ordine cosmico, della necessità di uno Stato monarchico di diritto divino, della pervasività unitaria di un ordine immanente: un ordine che, peraltro, assurgeva a «mythe d'état fondamental» e ad «idée unificatrice par laquelle on pouvait rassembler les habitants des regions du Delta du Nil jusqu'à la première cataracte sous une domination commune»¹⁰⁴⁸.

Alla luce di tale ricostruzione ben si comprende, dunque, quel nesso indissolubile – cui già si faceva riferimento nel precedente paragrafo – tra mAat e il monarca, nonché, ovviamente, tra mAat e i delegati del monarca¹⁰⁴⁹, chiamati – come insegna il vizir del re Uni (III dinastia), ad esempio, al figlio Kagemni, destinato a divenire

¹⁰⁴³ E. VOEGELIN, *Order and History*, IV, cit., 75.

¹⁰⁴⁴ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 16.

¹⁰⁴⁵ H. KELSEN, *Vergeltung und Kausalität*, Den Haag, 1946, *passim*.

¹⁰⁴⁶ E. VOEGELIN, *Order and History*, IV, cit., 16.

¹⁰⁴⁷ H.H. SCHMID, *Gerechtigkeit als Weltordnung: Hintergrund und Geschichte des alttestamentlichen Gerechtigkeitsbegriffes*, Tübingen, 1968, 46 ss.

¹⁰⁴⁸ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 33.

¹⁰⁴⁹ Come ben evidenzia R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278: «the king was theoretically the source of all orders, which then had to be carried out by subordinate officials. Yet, just as with the institution of kingship itself, there existed an almost constant tension between the all-powerful king and the reality of a monarch who needed to delegate responsibilities and whose rule could not possibly encompass all of his subjects at all time».

lui stesso vizir sotto Snofru (IV dinastia)¹⁰⁵⁰ – a (ir) mAat r nswt mAat mrrt-nTr (ossia a fare *ma'at* in luogo del re e per volontà del dio), nonché a Dd bw-mAa n nswt, cioè pronunciare quanto sia conforme a *ma'at* in luogo del re; ovvero a essere, come Rekhmira, un Hm nTr mAat (Profeta di mAat) chiamato come wp mAat n nb tAwy m Xrt hrw nt ra nb, ossia come 'colui che ogni giorno determina *ma'at* per il signore delle due Terre'¹⁰⁵¹, ad imitazione del dio Thot, wp mAat n psDt aA nty m-bAH wcir (colui che determina *ma'at* per la Grande Enneade dinanzi ad Osiride)¹⁰⁵². E tutto ciò, come incisivamente è stato messo in luce, poichè secondo «la dogmatique (ou doctrine) royale ... le Roi est le délégué de la divinité sur terre; le Vizir est le délégué du Roi, qui lui prodigue des 'instructions'; le Vizir en imprègne son administration et ses propre délégués dans le pays»¹⁰⁵³.

Lo 'Stato' faraonico, imagine – se non identificazione stessa – del cosmo, nonché ente divino (in quanto 'creazione divina' e concepibile esclusivamente in termini di 'monarchia rappresentativa di diritto divino'¹⁰⁵⁴), esiste a condizione che mAat

¹⁰⁵⁰ Urk. I, 195.6-8. Peraltro, come è agevole ricavare, altresì, dal racconto dell'Oasita Eloquente, gli ufficiali cui il re delega il proprio potere debbono 'fare mAat' (iri mAat: B1 67-68; 303-304), 'dire mAat' (Dd mAat: B1 320), 'conoscere mAat' (rx mAat: B1 210) e addirittura 'creare mAat' (sxpr mAat: B1 67, 241); né va scordato come i giudici – come Montuhotep – venissero chiamati 'sacerdoti di mAat' e portassero un medaglione che raffigurava la personificazione della dea mAat sulle ginocchia: cfr., sul punto, N.N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 15 ss., nonché R. VERSTEEG, *Law*, cit., 21. Cfr., inoltre, sul rapporto tra vizir e mAat (con riguardo alle istruzioni a Rekhmira), *ex plurimis*, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 148 ss., nonché Id., *Les égyptiens anciens*, cit., 53, ove si rammenta che «le première secrétaire (ou scribe) du Vizir est appelle le 'Secrétaire de MAat', come le Vizir était MAat, et que MAat dépendait du Vizir», e che «l'ouvre du Vizir était parallèle a celle du Roi qu'il secondait, dans toute la force expressive du terme (dans l'optique égyptienne effectivement, être le second de, c'est être semblable à)».

¹⁰⁵¹ Urk. IV, 1169.16. Sul significato da attribuirsi al sintagma wp mAat, cfr. R. ANTHES, *The Legal Aspect*, cit., 178 ss., oltre, ovviamente, a A. ERMAN - H. GRAPOW, voce wpi, in *Wörterbuch*, I, cit., 299 ss.

¹⁰⁵² Papiro di Ani (Libro dei morti) 30.16-17 (cfr. E.A. WALLIS BUDGE, *The Egyptian Book of the Dead [The Papyrus of Ani]. Egyptian Text, Transliteration and Translation*, London, 1895, 15 s.).

¹⁰⁵³ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 27. Cfr., altresì, V.A. TOBIN, *'Ma'at' and 'Dike'*, cit., 113.

¹⁰⁵⁴ Secondo J. ASSMANN, *Potere*, cit., 36 s., «lo Stato presume ... la lontananza di Dio e la compensa», giacché «se gli dei fossero presenti, lo Stato non esisterebbe», ma, data la loro lontananza «occorre un'istituzione che conservi il contatto con il mondo degli dei»; lo Stato, in altri termini, sarebbe un rimedio a una frattura e una contropartita della perdita della vicinanza fisica (ossia della presenza reale) degli dei; lo Stato sarebbe una «rappresentanza» e «il dominio del creatore sul creato» sarebbe «l'immagine prima e il modello del

sia realizzata ed esiste affinché mAat sia tra gli uomini (e come si dirà, *a fortiori*, altresì nel cosmo): l'istituto monarchico è la forma costituzionale con cui il dio, *ab origine*, si è preoccupato della 'pace sociale' tra gli uomini, i quali, per la loro innata debolezza (che li porta inesorabilmente ad isft [*isfet*] ossia alla diseguaglianza e alla prevaricazione¹⁰⁵⁵), necessitano dello 'Stato'. Ma non è concepibile forma diversa dalla monarchia per assicurare l'antonimo di *isfet*, ossia *ma'at*: anzi, giusta la indissolubile connessione tra il fondamento e il fine della monarchia faraonica, da un lato, e l'essenza dei dogmi regali, si è addirittura ardito sostenere che «l'état, c'est *Maât*»¹⁰⁵⁶, nel senso che l'antropologia e la sociologia

potere legittimo». Se la monarchia è quindi il prototipo divino della forma dello stato, la sua necessità, il suo essere condizione indefettibile e ineludibile della convivenza *inter homines*, si fondano, sempre secondo altra approfondita analisi condotta dall'autore sulle implicazioni sociali del concetto di mAat, su una «anthropologie negative» che è «à la base de toute doctrine conservatrice de l'État de l'ancienne Égypte», con la conseguenza che «l'État pharaonique ne s'entend pas comme une institution de force, de violence et d'assujettissement (évdout), comme il est peint dans l'Exode, mais comme une institution de libération: libération de l'homme de la main de l'homme», poiché «l'oppression, selon l'opinion égyptienne, n'est pas un fait politique mais naturel qu'il faut contrecarrer par la politique, par l'État»; il quale ultimo, in quanto «le monde, comme il émanait du dieu primordial, n'avait pas besoin de l'État», si impone come «la seconde solution, la seule forme pour réaliser l'équité, la justice, l'harmonie dans les conditions du monde après le clivage» (Ibid., *Maât*, cit., 126 s.). Come già si è avuto modo di constatare, ben diversa è la posizione assunta da H. FRANKFORT, *La religione*, cit., 27, secondo cui lo Stato «era un'istituzione divina, contemporanea alla creazione del mondo»: nessuna frattura, dunque, sarebbe incorsa tra la originaria presenza degli dei e la seguente separazione del cielo dalla terra, bensì una linea di continuità avrebbe percorso lo Stato primevo 'esclusivamente divino' e quello 'parzialmente divino' in quanto retto da un uomo esercente funzioni divine: sul punto istruttiva la lettura di R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 274, che sottolinea la continuità rispetto alla frattura tra «kingship» e «time when god ruled the earth».

¹⁰⁵⁵ Cfr. J. ASSMANN, *Potere*, cit., 103; Ibid., *Maât*, cit., 125; vd., altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce *isft*, in *Wörterbuch*, I, cit., 129. Ben evidenza N.N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 15, nt. 56, sulla scia di E. OTTO, *Prolegomena zur Frage der Gesetzgebung und Rechtsprechung in Aegypten*, in *MDAIK*, 1956, XIV, 150 ss., che «grg is an antonym of mAat in the moral sense, while isft is its antonym in a political-statesmanship sense»; vd., infine, V.A. TOBIN, '*Ma'at*' and '*Dike*', cit., 115 e nt. 14 e M. SANDMAN, *Texts from the Time of Akhenaten*, Brussels, 1938, 91.18-19, 76.16-17, 77.1-2. Sull'antitesi mAat-isft, cfr., paradigmaticamente, M. LICHTHEIM, *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, Gottingen, 1992, 18; J. YOYOTTE, *Le jugement des morts selon l'Égypte ancienne*, in *Sources orientales*, IV, 1961, 18.

¹⁰⁵⁶ E. TEETER, *The Presentation of Maat. Ritual and Legitimacy in Ancient Egypt*, Chicago, 1997, 2. Cfr., altresì, J. ASSMANN, *Ma'at, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit*, cit., 200.

negative¹⁰⁵⁷, radicate intimamente nello spirito egizio, non potevano trovare altro riscontro positivizzante se non in quella forma di Stato che, secondo la tradizione, fosse protesa 'ontologicamente', più ancora che 'deontologicamente', a tenere lontano l'uomo da quello *status naturae* che il sostantivo *isfet* connotava, quale somma di «toutes les manifestations de l'imperfection qui s'est installée dans le monde et dont le monde a besoin d'être sauvé»¹⁰⁵⁸. La venuta meno della reggenza monarchica – sia fisiologicamente momentanea¹⁰⁵⁹, sia intesa come deprecabile definitiva prevalenza del polo di *isfet* sulla 'Weltordnung' – significava rottura dell'ordine 'tout court', sconvolgimento sia sul piano politico-istituzionale, sia su quello naturale, a dimostrazione tanto del nesso intercorrente tra micro- e macro-cosmo, quanto della necessità della monarchia faraonica, quale 'forza cosmica essenziale'. Forza che è essa stessa divinità, elemento universale imprescindibile, da un lato, per la pacificazione sociale, dall'altro per garantire la permanenza di un equilibrio universale tra tutti gli elementi cosmologici. Non possono dimenticarsi, a tal proposito, le profezie di Neferty (4.2; 5.1; 13.1) che icasticamente dipingono prima un Egitto non più retto dalla monarchia divina del faraone, ma da una oligarchia di 'wr.w m sxr.w n.w tA', poi il salvifico avvento di 'nswt pw':

¹⁰⁵⁷ Cfr. sull'invenzione dello Stato e sulla tesi secondo cui ogni teoria politica per essere autentica presuppone la connaturale malvagità dell'uomo, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 149 ss. Cfr., inoltre J. ASSMANN, *Maât*, cit., 124, secondo cui «le premier principe de l'anthropologie égyptienne dit que l'homme est incapable de vivre sans MAat, dans la vie terrestre» allo stesso modo in cui «est incapable de vivre sans l'État».

¹⁰⁵⁸ Cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

¹⁰⁵⁹ Seppur le sfumature lasciano intendere una concezione essenzialmente 'teofisita', piuttosto che 'duofisita', del monarca egizio (per la quale ultima è d'uopo prendere in considerazione, anzitutto, D. LORTON, *The King*, cit., 55; ma anche R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278) merita di ricordarsi la bella e densa sintesi di A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 26 s.: «soltanto il nuovo re può garantire che *ma'at* scenda dal cielo sulla terra ancora una volta. Dopo un periodo di attesa, in cui si compiono i fondamentali riti di imbalsamazione sul sovrano defunto, si procede allo svolgimento del funerale, che comprende una serie di rituali atti a legittimare l'accesso al mondo divino come un vero e proprio dio; solo allora si può procedere all'incoronazione del nuovo re, attraverso la quale egli acquista statura divina. Nello stesso momento almeno idealmente, in cui il sarcofago del re morto viene alloggiato nella camera funeraria della sua tomba, laddove avviene la sua rigenerazione trasfigurazione in dio la Doppia Corona è posta sul capo del nuovo sovrano, trasfigurandolo in dio sulla terra agli occhi del suo popolo; il faraone appena incoronato appare così in tutto il suo splendore come creazione e immagine divina, e allo stesso tempo erede della stirpe divina, 'scelto' dagli dei ... intermediario per gli uomini presso di loro. E la storia si svolge e, idealmente, 'deve' svolgersi in maniera ininterrotta, di padre in figlio».

m.k (i)r.f wr.w wr.w m sxr.w n.w tA iri.ywt m tm.t iri SAa ra.w m grg tA Aq.w r Aw n xpr wDA.wt (ecco che più principi hanno il dominio dell'Egitto; ciò che è stato fatto è come ciò che non è stato fatto e ogni giorno inizia nel caos; la terra è perita in tutta la sua estensione e ciò che è prospero non è più);

HDi tA pn nn mHi Hr.f nn Dd nn iri rmw wnn tA pn m(i) mitn Hbs.w nn psDw.f <r> mAA rHyt (mentre questa terra è perita, nessuno la cura, nessuno si pronuncia, nessuno si chiede a cosa questa terra assomigli. Ra, il sole, è nascosto e nessuno lo vede);

nswt pw r iyi.t n.(y) rsy lmn.y mAa-xrw rn.f sA Hm.t pw n.(y) !A-sty msi pw n.(y) En-Nxniw.f r Ssp HD.t iw.f r wTs dSr.tiw.f <r> smA sxm.ty iw.f r sHtp Nb.wy (ma un re verrà dal sud, il suo nome è Ameni, il giustificato, figlio di una nubiana, nato nell'Alto Egitto, egli avrà la corona bianca e quella rossa; egli unirà le due corone e pacificherà le due terre)¹⁰⁶⁰.

Se dunque lo Stato e mAat si identificano e lo Stato, geografica somma delle Due Terre, è rappresentazione dell'intero cosmo¹⁰⁶¹, come la sola forma di Stato concepibile, per diritto divino, al fine di 'realizzare mAat' è quella monarchica (meglio, quella faraonica), così, tutto ciò che è estraneo allo Stato egizio è sintomo di *isfet*. Ancora una volta, mutuando da Carl Schmitt, possiamo parlare di una vera e propria teologizzazione egizia del 'Freund-Feind Schema': lo 'Stato' faraonico è, infatti, il prodotto di una unificazione¹⁰⁶² compiuta nel tempo del mito dell'Alto e del Basso Egitto, grazie alla composizione 'giudiziale' della lite tra Horus - simbolo del diritto, dell'ordine, della civiltà - e Seth - simbolo della violenza del disordine, del mondo 'naturale' - per la

¹⁰⁶⁰ Cfr. W. HELK, *Die Prophezeiung des Nefertj*, Wiesbaden, 1970, 42 ss.; cfr., altresì, J. ASSMANN, *Maât*, cit., 129.

¹⁰⁶¹ Cfr. J. ASSMANN, *Potere*, cit., 103: «il potere esercitato sui due paesi significa aver potere su 'tutto': 'dominazione universale' (nb tm) e 'dominazione di uno solo' (nb wa), per dirla con gli egizi. I due paesi si unificano per diventare il mondo. Se uno spazio è diviso - così gli egizi continuerebbero il ragionamento - e le sue parti sono unite, ne scaturisce un universo. Il potere esercitato sul tutto significa sovranità sull'intero mondo creato dal dio sole e affidato al re»: in altre parole, il faraone si imporrebbe come il sovrano del mondo intero, fermo restando - ovviamente - che tale concetto non avrebbe implicazioni geografiche e politiche, né starebbe alla base di disegni espansionistici, ma risulterebbe esclusivamente di valenza mitica.

¹⁰⁶² Cfr., in tema, J. PIRENNE, *Histoire*, I, cit., 109 ss.

successione al trono del defunto Osiride (rispettivamente padre del primo contendente e fratello del secondo)¹⁰⁶³; unificazione, per vero, che ogni sovrano è chiamato a compiere all'atto stesso dell'incoronazione. Il mito non è evidentemente relegato ad una condizione di stasi, ma si impone come il programma archetipico del monarca egizio: lo Stato, allorché il faraone è sul trono, è *ma'at*, laddove tutto ciò che non è ad essa conforme, o fuori di essa – e quindi lo stesso Egitto dopo la morte del re e prima della nuova incoronazione – è *isfet*¹⁰⁶⁴. Donde la tensione eterna tra lo Stato faraonico e lo straniero, che in quanto tale, sia esso un nubiano, un libico o un asiatico, è concepito come ontologico *hostis*, vale a dire come 'alterità esistenziale negatrice della propria specie'¹⁰⁶⁵: oltre i confini orientali rappresentati dal deserto, quelli settentrionali circoscritti dal Mediterraneo, quelli meridionali segnati dalla prima cataratta del Nilo v'è *isfet* ove «abitano 'i nove archi', nomadi incivili che si tratta non di sottomettere ma di 'tenere fuori'»¹⁰⁶⁶. Ed ecco, dunque, il fondamento teologico della 'violenza politica' del sovrano verso l'interno e verso l'esterno: violenza e *ma'at* nella sua figura si identificano, tanto che Tefnut, la dea dell'ureo, simbolo centrale del potere punitivo regale, già nei tempi più antichi, viene equiparata alla personificazione stessa della 'Weltordnung' (la dea piumata *Ma'at*),¹⁰⁶⁷ evidente emblema della necessità della violenza da parte del sovrano nel gerire il suo

¹⁰⁶³ Cfr., *ex plurimis*, S. ALLAM, *Legal Aspects in the 'Contendings of Horus and Seth'*, in A. LLOYD (ed.), *Studies in Pharaonic Religion and Society in Honor of J. Gwyn Griffiths*, London, 1992, 137 ss.; R.A. ODEN JR., [The Contendings of Horus and Seth \(Chester Beatty Papyrus No. 1\): A Structural Interpretation](#), in *History of Religions*, XVIII.4, 1979, 352 ss.; F. HASSAN, *Primeval Goddess to Divine King: The Mythogenesis of Power in the Early Egyptian State*, in R. FRIEDMAN - B. ADAMS (ed.), *The Followers of Horus. Studies Dedicated to Michael Allan Hoffman*, Oxford, 1992, 318.

¹⁰⁶⁴ Non vale, all'evidenza, quel pensiero così ben consacrato nelle immaginifiche parole di J.J. Bachofen, riportate da M. BRETONE, *Come l'anatra*, in *Id.*, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma - Bari, 2004, 144: «è contro l'ordine della storia ... che Omero rinasca per la seconda volta, che ritorni un Fidia e che l'unità delle cose si dissolva affinché un secondo Priamo implori un secondo Achille per il cadavere di Ettore».

¹⁰⁶⁵ Cfr., sulla ostilità, C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, cit., 115, 122, 133 ss.

¹⁰⁶⁶ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 99. Non mi riesce di comprendere, invero, la posizione dell'autore là dove prima considera – più o meno fondatamente – lo Stato egizio quale 'spazio della lontananza da dio' e, quasi per automatismo, l'estero come 'spazio della vicinanza di dio', seppur egli sia ben conscio del fatto che il faraone manifesti, come dio-cocodrillo, la sua 'ira giusta' – in quanto espressione di *ma'at* – nei confronti degli stranieri, emblema di ciò che è opposto allo Stato-cosmo di origine e funzione divine (*Id.*, *Potere*, cit., 37 ss., 83 ss., 90 ss.).

mandato, o, meglio indice immaginifico di un duplice postulato: da un lato, la legittimazione teologicamente supportata del potere statale di uccidere – monopolio esclusivo del faraone, essendo preclusa l'irrogazione della pena di morte o delle amputazioni al Vizir e alle corti locali –, dall'altro l'invalidabile linea di contenimento di tale potere rappresentata da mAat stessa. La violenza del monarca, in altri termini, non è autonoma e assoluta, ma circoscritta ed eteronoma, e ancora una volta, come sempre, il termine di relazione è mAat: se per Girard¹⁰⁶⁸ il pensiero occidentale è padre di una incessante opera di cancellazione delle tracce della violenza fondatrice, nonché dell'occultamento delle altre successive sue espulsioni, l'iconografia teologico-politica dell'Egitto, nel procedere di tutta la sua storia millenaria, è costellata, senza alcun impolveramento o mascheramento, di immagini che, in modo palese, esaltano la violenza – divinamente giusta – del faraone. Anzitutto, simbolo della sovranità faraonica è quell'ureo, quel serpente che si inarca, eloquentemente definito nsrt¹⁰⁶⁹ 'colei che fiammeggia'; e i bAw, ossia le manifestazioni della violenza del potere divino e regale ('Ruhm', 'Ba-Macht')¹⁰⁷⁰, sono considerati quali espressione della virtù precipua e fondamentale dello 'Stato forte', di cui il faraone è il vertice, in quanto proiezione terrena del divino demiurgo¹⁰⁷¹. Né, d'altro canto, si sottrae la cd. 'propagande royale égyptienne'¹⁰⁷² a raffigurare incessantemente la violenza legittima quale peculiare

¹⁰⁶⁷ J. ASSMANN, *Ma'at, Gerechtigkeit*, cit., 180 ss., 205 ss.; Id., *Der König als Sonnenpriester. Ein Kosmographischer Begleittext zur kultischen Sonnenhymnik in thebanischen Tempeln und Gräben*, in *ADAIK*, VII, 1970, 22, 35, 58 ss.

¹⁰⁶⁸ R. GIRARD, *Delle cose nascoste*, cit., 87. Lo schema – celeberrimo – propugnato dall'autore è semplice e persuasivo. La violenza primeva si impone, quale essenziale del 'Mitsein' e realtà fondatrice: anziché decostruire le istituzioni umane, essa assurge a fondamento del vincolo di aggregazione che lega gli uomini che la vogliono fuggire e che conseguono il loro scopo allorché convergano la loro aggressività sulla 'vittima espiatoria' (incarnazione di una funzione contestualmente antagonista e salvatrice). Portato di tale argomentazione è, dunque, il fatto che le istituzioni stesse muoiono non tanto perché soggette a una *vis destruens*, ma perché corrose dalla pace: ove pervenga la cd. crisi sacrificale, cioè quando i riti aggregativi sono divenuti consueti e inconsistenti, si determina un momento di frattura dell'ordine, con la conseguente reviviscenza della violenza distruttrice (cfr. R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., *passim*).

¹⁰⁶⁹ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce nsrt, in *Wörterbuch*, II, cit., 236, 320, 336.

¹⁰⁷⁰ Cfr. J.F. BORGHOUTS, *Divine Intervention in Egypt and its Manifestation*, in R.J. DEMAREE - J.J. JANSEN (ed.), *Gleanings from Deir el Medinah*, Leiden, 1982, 1 ss.; cfr., altresì, A. ERMAN - H. GRAPOW, voce bAw, in *Wörterbuch*, I, cit., 413 s.

¹⁰⁷¹ J. ASSMANN, *Ma'at, Gerechtigkeit*, cit., 180 ss.

¹⁰⁷² Mutuo l'espressione da N. GRIMAL, *Les termes de la propagande royale égyptienne de la XX dynastie à la conquête d'Alexandre*, Paris, 1986.

elemento non tanto della *natura* quanto della funzione di *dominium* o meglio di *imperium* e *auctoritas*¹⁰⁷³ del sovrano: già Narmer, primo storico unificatore del nord e del sud, nella celeberrima Tavoletta ieracompolitana, è effigiato nell'atto solenne – divenuto, in seguito, un 'cliché' dell'iconografia faraonica – di abbattere il nemico (*recto*), nonché in quello di passare in rassegna, nel suo trionfo, i dieci sovrani stranieri le cui teste sono poste tra i loro piedi (*verso*)¹⁰⁷⁴.

La dialettica è semplice e potente: la violenza cosmicamente giustificata di mAat (con l'imposizione dall'alto di modelli comportamentali, di soluzioni vincolanti), contro la violenza caotica di *isfet* – lo stato di natura (privo di modelli) – di cui gli stranieri, alterità deprecabile, sono portatori¹⁰⁷⁵, in un perfetto modello di 'differenziazione', per cui la nascita dell'istituzione monarchica, l'imporsi del suo potere autoritativo, l'insorgenza e l'applicazione del suo 'diritto' altro non dipendono che dalla violenza fatta alla violenza. Come Heidegger, ricordando Eraclito e il celebre frammento che attribuiva la paternità del tutto a *Polemos*, giungeva a identificare quest'ultimo al *Logos*, nonché ad affermare che è «nell'esplicarsi vicendevole del contrasto che si produce il mondo»,¹⁰⁷⁶ così il contrasto tra *ma'at* e *isfet* – indi, tra Horus e Seth, tra Egitto e paesi stranieri, tra Ra e Apopis, tra bwt e atto lecito – si risolve nell'antinomia fondante la monarchia del dio demiurgo nei cieli e la monarchia del faraone sulla terra, e così, il simbolico trionfo di Narmer consacra epigraficamente la nascita dell'ordinamento teologico-giuridico quale necessaria 'violenza' che 'regola' per il ristabilimento e il perdurare del cosmo¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ Uso il termine, memore del pensiero di M. Weber secondo cui il potere extra-domestico di punire, specialmente il potere di piegare la disobbedienza non soltanto con l'uso diretto della forza, ma anche con la minaccia di pregiudizi è una forma strutturale e costitutiva di ogni *imperium*, quale potere disciplinare e potere punitivo (Id., *Economia e società*, II, Milano, 1974, 11).

¹⁰⁷⁴ Cfr., per tutti, A. GARDINER, *La civiltà*, cit., 363 ss. e la riproduzione grafica (del *recto* e del *verso* della Tavoletta) sub nn. 23 e 24.

¹⁰⁷⁵ Non mi convince appieno, quindi, R. GIRARD, *Delle cose nascoste*, cit., 27, là dove afferma che «mentre noi nel conflitto guardiamo soprattutto al risultato, e cioè alla vittoria dell'uno e alla sconfitta dell'altro, vale a dire alla differenza che emerge dalla lotta, le società tradizionali e primitive pongono l'accento sulla reciprocità del processo, vale a dire sull'imitazione vicendevole degli antagonismi», e che, quindi, sarebbero messe in risalto «le somiglianze tra i concorrenti, l'identità degli scopi e delle manovre, la simmetria dei gesti».

¹⁰⁷⁶ M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, cit., 72.

¹⁰⁷⁷ Non può non richiamarsi l'idea hobbesiana secondo cui il *Nomos der Erde* trova la sua origine nell'aggressione, nella regola della conquista violenta, sicché «la spada della guerra sta nella medesima mano in cui sta la spada della giustizia» (T. HOBBS, *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it., Firenze, 1985,

Il mito stesso della fondazione statale¹⁰⁷⁸, del resto, simbolizza l'installazione del 're' sulla terra (o meglio della incarnazione nella 'persona del re' del 'dio-regalità') per mezzo del dio demiurgo, con il mandato di realizzare *ma'at* e annientare il suo opposto, cioè *isfet* «violenza cosmica, intollerabile e insopportabile, dalla quale è necessario distaccarsi con un atto di frattura, ma della quale peraltro continuano ad operare gli effetti pur se in modo a volte occulto e sotterraneo»¹⁰⁷⁹. Ne consegue, stando a tale concezione, che «lo Stato (cioè il cosmo) si identifica con il sovrano e non può esistere senza di lui» e la morte di quest'ultimo «vede dunque precipitare il mondo nel caos, mentre la salita al trono di un nuovo re ne ripete magicamente la creazione del cosmo, celebrandone al tempo stesso la perfezione»¹⁰⁸⁰. Così, incisivamente ed efficacemente, i Testi delle Piramidi rendono testimonianza della prima manifestazione di detto mito¹⁰⁸¹ dipingendo il monarca, a imitazione del demiurgo¹⁰⁸², nell'esercizio della sua funzione istituzionale (ma, ancor prima, divina) in virtù della quale egli «n'est pas dieu, mais il a eu l'insigne honneur de succéder à un dieu: il fait le dieu, il joie le rôle du dieu sur la scène que constitue l'Egypt»¹⁰⁸³:

169).

¹⁰⁷⁸ Cfr. J. BERGMAN, *Zum 'Mythus vom Staat' im alten Ägypten*, in H. BIEZAIS (ed.), *The Myth of the State*, Stockholm, 1972, 80 ss.; cfr., inoltre, proficuamente, la brillante disamina di R.T. RUNDLE CLARK, *Mito e simbolo nell'antico Egitto*, trad. it., Milano, 1997, 25 ss.

¹⁰⁷⁹ Seppur inserite in ben altro e noto contesto, mi avvalgo delle incisive parole impiegate da F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia*, cit., 7, con riguardo al nesso tra l'*arkhè* del diritto e la violenza.

¹⁰⁸⁰ Vd., per tutti, A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 19.

¹⁰⁸¹ Sul punto, cfr. J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116.

¹⁰⁸² Sebbene non sia per me condivisibile la sua concezione del faraone come monarca 'assoluto', ha illustrato brillantemente l'importanza del mito (e della tradizionale ripetizione di questo), C.J. BLEEKER, *The Pattern*, cit., 79: «the ascension to the throne of the pharaoh was celebrated by archaic ceremonies which alluded to the myth of creation. For the pharaoh simply repeated the primeval deed of the sun-god. The ascension to the throne was indicated by a verb which also was used for the sunrise, both in primeval time and each morning. From the divine origins the pharaoh derived his absolute and his great power». Cfr., inoltre R. ANTHES, *The Original Meaning*, cit., 37, il quale ricorda come nella Stela di Ramses IV, alla linea 13, la descrizione del sovrano come 'sorgente' sul trono di Horus per portare *mAat* all'Egitto, sia espressione dell'idea secondo cui «the new king newly creates *mAat* as did the first of the gods».

¹⁰⁸³ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 16; vd., altresì, conformemente, D. LORTON, *The King*, cit., 58; Id., *Towards a Constitutional Approach*, cit., 460 ss.; *contra*: J.A. WILSON, *Authority*, cit., 1 ss.; H. GOEDICKE, *Die Stellung des Königs im Alten Reich*, Wiesbaden, 1960, 4; W. BARTA, *Untersuchungen zur Göttlichkeit des Regierenden Königs, Ritus und Sakrakönigtum in Altägypten nach Zeugnissen der Frühzeit und des Alten*

dd.n.i mAat im.f (im S-sisi) m st isft¹⁰⁸⁴ (io ho posto *ma'at* in luogo di *isfet* nel 'Lago delle fiamme'¹⁰⁸⁵);

pt Htpw tA m Aw ib / sDm.n.sn ddi nfr-kA-ra mAat m st isft (il cielo è in festa e la terra gioisce nel cuore perché Neferkara ha posto *maat* e ha debellato *isfet*)¹⁰⁸⁶.

Il mito diventa dinamismo e fondamento teologico-giuridico del mandato faraonico: il sp-tpy ('erstes Mal', 'Urzeit')¹⁰⁸⁷, il tempo originario in cui si stabilirono i cicli universali reggenti l'universo, secondo le leggi di *ma'at*, e prese forma altresì lo stesso Stato egizio, non è attimo 'unico' e 'irripetibile' collocato in un remoto passato, ma si impone quale momento di generazione (o, meglio, rigenerazione) che si ripete ogniqualvolta venga re-insediato sul trono dell'Horus il Hm, ossia la persona incarnante il potere divino regale (nswt)¹⁰⁸⁸. Così il re, dio perfetto (nTr nfr) 'che emana leggi perfette per pacificare le Due Terre' (nfr htpw sgrH tAwi), 'che rende salda *ma'at*' (smn mAat)¹⁰⁸⁹, che è 'perfetto nell'amministrare' (hqa nfr) e agisce quale nswt nHH Hr wAH n Dt (re dell'eternità lineare e Horus che dura per l'eternità ciclica) per

Reiches, in *Münchner ägyptologische Studien*, XXXII, 1975, 15.

¹⁰⁸⁴ K. SETHE, *Die Altägyptischen Pyramidentexte nach den Papierabdrucken und Photographien des Berliner Museums*, I, Leipzig, 1908, 144, sub 265 c.

¹⁰⁸⁵ Il cd. 'Lago delle fiamme' è la evocativa immagine dello stadio umano contraddistinto da un hobbesiano *bellum omnium contra omnes*: cfr., per tutti, J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116.

¹⁰⁸⁶ K. SETHE, *Die Altägyptischen Pyramidentexte nach den Papierabdrucken und Photographien des Berliner Museums*, II, Leipzig, 1910, 429 (sub 1775 b); vd. R. FAULKNER, *The Ancient Egyptian Pyramid Texts*, Oxford, 1969, mAat pw Dd nswt (MAat è ciò che il re afferma).

¹⁰⁸⁷ Cfr. A. ERMAN - H. GRAPOW, voce sp, in *Wörterbuch*, III, cit., 438.

¹⁰⁸⁸ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian. An Introduction to the Language and the Culture of Hieroglyphs*, Cambridge, 2000, 31: «the pharaoh ... possessed a divine power, because his will and actions could cause enormous changes in society, just like those of the gods. This dual nature of the king is reflected in two Egyptian words. When referring to the king's divine power, texts use the word nswt ... usually translated 'king'. It is the nswt, for example, who issues decrees, appoints officials, and represents Egypt before the gods. When referring to the individual who happened to hold this divine power, texts use the word Hm. It is usually translated 'Majesty', but it really means something like 'incarnation': the Hm is the individual in whom the divine power of kingship is incarnated».

¹⁰⁸⁹ Cfr. Urk. IV, 2061.4; 2051.10, 18 (W. HELCK, *Urkunden der 18. Dynastie. Text des Heftes 22*, Berlin, 1984; Id., *Urkunden der 18. Dynastie. Übersetzung zu den Heften 17-22*, Berlin, 1984, 365 ss.); vd., in tema, D. LORTON, *The King*, cit., 54 s.

ottenere - in controprestazione - la 'effettività' del padre di tutti gli dei (ir r Axt n it nTrw nbw), è descritto nei seguenti termini (ll. 5-6):

srwD.n.f nty wasw m mn.w Hnty nHH Dr.n.f isft xt tawy mAat mnty m st.c Di.f wn grg m bwt tA mi sp.f-tpy (egli ha restaurato ciò che era in rovina, con azioni che sono monumento dell'eternità, ha eliminato *isfet* e *ma'at* è stata collocata al suo posto: ha fatto sì che *gereg*, la falsità, fosse un crimine e che la terra fosse come nel suo sp-tpy, il tempo primevo)¹⁰⁹⁰.

Tale istituzione, quindi, è intrinsecamente divina in quanto concepibile come 'forza cosmica': forza, quanto alla sua natura e alla sua funzione, da intendersi in termini analoghi a quelli del sole (Ra) o di qualsivoglia altro elemento universale esistente *in rerum natura* (che in quanto tale è, per l'appunto, divino), atteso che il 'dio' egizio (nTr) non è affatto una suprema entità trascendente, ma una forza immanente della natura, facente parte dello stesso 'ordine' cui sono soggetti gli uomini¹⁰⁹¹.

La regalità, quindi, è diretta emanazione del mondo degli dei: la persona del sovrano è scelta da questi ultimi quale «unico garante e intermediario per gli uomini presso di loro»¹⁰⁹² e 'la realizzazione di mAat' è, sinteticamente, l'oggetto della funzione regale, la quale, in modo paradigmatico, si esplica nel 'soddisfare gli dei' e nel 'giudicare gli uomini'¹⁰⁹³. Vero è, dunque, che l'ordine terreno necessita della monarchia, sola istituzione atta alla realizzazione di mAat tra gli uomini e, peraltro, di un faraone legislatore, giudice e capo dell'esercito. Ma altrettanto vero è che l'ordine 'tout court' necessita, per il ciclico avvicinarsi dei fenomeni universali, della cd. 'Kultplotik' faraonica, che in buona sostanza si esaurisce nel culto di mAat estrinsecantesi sia nell'amministrazione della giustizia (nonché, a monte, nella creazione di disposizioni sostanzialmente conformi a mAat), sia nell'adempimento ritualistico quotidiano e straordinario: insomma, «la mAat dépende du roi pour être réalisée, le monde dépend de la

¹⁰⁹⁰ Il testo della stele è *sub* 772 in Urk. IV, 2025 ss.; cfr. J. BENNETT, *The Restoration Inscription of Tut'ankhamun*, in *JEA*, XXV, 1939, 8 ss.; J. VAN DIJK, *De restauratiestèle van Toetanchamon*, in R.J. DEMARÉE - K.R. VEENHOF (ed.), *Zij Schreven Geschiedenis*, Leiden, 2003, 226 ss.

¹⁰⁹¹ Cfr., per tutti, A. THEODORIDES, *L'Orient*, cit., 383 ss.; vd., inoltre, E. HORNING, *Gli dei dell'antico Egitto*, trad. it., Roma, 1992, 13 ss., 29 ss.

¹⁰⁹² A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 19.

¹⁰⁹³ Esaltano - forse eccessivamente - la dicotomia piuttosto che l'unitarietà del fine, J. ASSMANN - D. FRANKFURTER, *Histoires. Egypt*, in S. ILES JOHNSON (ed.), *Religions of the Ancient World*, Harvard, 2004, 155.

mAat pour être univoque et habitable»¹⁰⁹⁴. Istruttive, a riguardo, sono le parole di un comune inno solare, datato all'inizio della XVIII dinastia (vv. 30-44)¹⁰⁹⁵, e i versi tratti dal capitolo CXXVI del 'Libro dei morti' ove i babbuini (vv. 4-7), che accompagnano il corso solare con adorazioni, assurgono a modello dell'agire del sovrano, quale figlio del sole¹⁰⁹⁶:

iw-rdi.n ra nswt N tp-tA n-anxw n-nHH hna-Dt Hr-wDa-rmTw
Hr-sHtp-nTrw Hr-sxpr-mAat Hr sHtm-isft iw.f di Htpwt n-nTrw
prt xrw n-Axw iw rn n-nswt m.pt mi rA iw Anx.f mAwt-ib mi-ra
Hrw-Axti Haa-pat n-mAA.sn-sw iri-n.f rxiit hnw m irw.f n.nxnw
(Ra ha installato il re sulla terra dei viventi per sempre, affinché egli amministrasse la giustizia e soddisfacesse gli dei, per realizzare MAat e debellare Isft, facendo offerte agli dei e offerte funerarie ai defunti immortali. Il nome del re è nel cielo come quello di Ra ed egli vive nel giubilo come Ra-Horakhete, gli uomini giubilano alla sua vista e il popolo lo acclama come fanciullo).

saryw mAat n nb r Dr wpiw mAar hna wsr sHtpw nTrw m hh n
rw.cn didiw htpw-nTr n nTrw prt r Hrw n Axw anxw m mAat
samyw m mAat (essi elevano mAat al Signore universale / giudicano il misero e il potente /soddisfano gli dei con lo spirito della loro bocca, / sacrificano agli dei/ offrono ai morti immortali, / essi vivono di mAat e si nutrono di mAat).

Non v'è Stato senza il re; non v'è re che non abbia per mandato divino il realizzare mAat; non v'è micro- e macro-cosmo senza mAat; non v'è mAat, in cielo e in terra, senza faraone, persona fisica che incarna il dio 'regalità' e che è, dunque, strumento per l'attuazione della 'Weltordnung': legislazione, amministrazione della giustizia, perfezione del culto divino sono, dunque, i presupposti primi ed indefettibili dell'essere ordinato «at large and in the word of human affairs»¹⁰⁹⁷, in quanto sostanziano attività che determinano mAat, la quale, offerta agli dei, li nutre vitalmente. MAat è, in definitiva, ciò di cui sia gli dei che gli uomini

¹⁰⁹⁴ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 116. Cfr., altresì A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 18: «ogni elemento del cosmo, ogni ciclo della natura, ogni aspetto della vita sulla terra deve ... periodicamente rigenerarsi per poter conservare la propria efficacia. *Ma'at* rappresenta un ingranaggio fondamentale del processo che mantiene in vita tutto il creato in questo stato di rigenerazione continua».

¹⁰⁹⁵ Cfr. J. ASSMANN, *Der König*, cit., 22 e 48.

¹⁰⁹⁶ Papiro di Nu (Libro dei morti) 126.4-7 (vd. E.A. WALLIS BUDGE, *The Chapters of Coming Forth by Day*, I, London, 1889, 269).

¹⁰⁹⁷ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

(partecipi entrambi, nella loro immanenza, di uno stesso ordine, poggianti il loro essere in rapporto di reciprocità costante sulla medesima 'Grundlage') non possono fare a meno e ciò che il faraone - nella sua posizione 'intermedia' in quanto sì essere umano, ma destinato a rivestire una carica divina e quindi a impersonare una forza cosmica, quella della regalità - non può non conseguire per essere tale.

L'immanentismo si fonde con una buona dose di determinismo¹⁰⁹⁸: come, sul piano macrocosmico, il sole non può che compiere il suo tragitto nel cielo - elemento di un complesso meccanismo universale - e il suo viaggio trova motore nell'ordine-mAat, così, su quello microcosmico, il re d'Egitto non può che essere, nella sua attività di legislatore (prima ancora che di giudice) e di condottiero, il vertice del sistema giuridico-culturale, teso al conseguimento di un ordine, quello terrestre, che è parte imprescindibile di quello universale¹⁰⁹⁹. E il re realizza mAat ogniqualvolta faccia valere, nel caso concreto, la giustizia per gli uomini e dia soddisfazione agli dei: diritto, da un lato, e culto, dall'altro, sono le due sfere d'azione in cui si scompone quel principio sovraordinato che è stato persuasivamente definito «die unsichtbare Religion»¹¹⁰⁰. E all'insegna, e sulla base, e in vista di mAat, ambiti distinguibili si assommano in un unico indistinto concetto «che racchiude tutti gli ordinamenti»¹¹⁰¹; poteri eterogenei si concentrano in una sola persona tesi verso un solo fine, la salvezza intesa sia come pace sociale degli uomini, sia come persistenza ciclica e continua delle forze cosmiche. E la 'salvezza terrena', in concreto, si esplica quanto al 'diritto', sia nel punire sia nell'amnistiare (anzi «il compito più nobile del re è la realizzazione della giustizia, e la forma più tipica di questa realizzazione sono gli editti di grazia, di scarcerazione, di amnistia»¹¹⁰²); quanto al culto, attraverso «una specifica istituzionalizzazione e messa in mostra (sotto forma di edifici, immagini e riti) di religione, ovvero e più

¹⁰⁹⁸ Vd, tuttavia, quanto scrive J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

¹⁰⁹⁹ La funzione della regalità si proietta nella dimensione del cosmo, imponendo come solo garante dell'«Urzeit» il re: ogni azione di questi è volta a ripetere il momento primo dell'instaurazione di *ma'at*, talché il processo storico si dispiegherebbe come un rituale, come un dramma culturale che rappresenta la vittoria di mAat su isft: cfr. E. HORNUNG, *Geschichte als Fest*, Darmstadt, 1960, *passim*.

¹¹⁰⁰ T. LUCKMANN, *Die unsichtbare Religion*, Frankfurt, 1991, 80.

¹¹⁰¹ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 34 (che parla di 'annullamento del diritto': io, invece, discorrerei di conservazione di mAat attraverso misure eccezionali, giacché il diritto seppur singolare rimane 'conservato'); cfr., altresì, *Id.*, *Maât*, cit., 12; C.J. BLEEKER, *Egyptian Festivals*, cit., 6 s.

¹¹⁰² J. ASSMANN, *Potere*, cit., 33.

precisamente di 'vicinanza con dio' quale spazio di comunicazione specifico, delimitato rispetto al mondo degli uomini e aperto verso il mondo degli dei»¹¹⁰³.

Ecco, quindi, che mAat si impone finanche quale 'ordine solidaristico'¹¹⁰⁴, che lo Stato faraonico attraverso le 'leggi regie' e le pronunce giudiziali attua¹¹⁰⁵ di modo che «le proverbiali vedove e i proverbiali orfani»¹¹⁰⁶ abbiano riconoscimento di ciò che loro spetta di diritto, come ci attesta il già citato vizir Rekhmira il quale, nella sua autobiografia, proclama, quale delegato dal monarca: iw nx.n.i xArt ntt hi smn.n.i sA ... Hr grt-it.f (ho protetto la vedova che non aveva più marito e ho reso saldo il figlio sul seggio del padre)¹¹⁰⁷; e dalla 'Storia dell'oasita eloquente'¹¹⁰⁸ apprendiamo come il protagonista, Khunanup, si rivolga - nella sua prima supplica - al giudice Rensi, sotto la maestà del re Kheti III (X dinastia): ntk it n nmH(y) hi n xAr.t sn n wDa.t Snd.y.t n.t iw.t(y)w-m.t.f (tu sei come un marito per la vedova e come un padre per l'orfano, come un fratello per colei che è divorziata, un sostegno per chi è senza madre)¹¹⁰⁹.

La monarchia faraonica, quindi, è intesa (o forse solo dipinta), al contempo, come un istituto di 'protezione' verso il basso (i sudditi), di 'liberazione' da ciò che è 'altro' (lo straniero), di 'devozione' verso l'alto (gli dei): in una parola, di conformità verso l'ordine superiore e immanente (mAat). Quanto alla funzione protettiva del sovrano, gli esempi nelle fonti sono copiosi. Così, per la celebrazione del proprio primo 'giubileo' (hAb-sd)¹¹¹⁰, Amenhotep

¹¹⁰³ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 34 s.

¹¹⁰⁴ A mente di quanto sin qui compendiato, non mi pare cogliere nel segno - o meglio, mi pare, colorare di sfumature eccessivamente 'cristianologiche' il concetto di *ma'at*, pur ben mettendo in risalto il ruolo essenziale dello 'scambio' - J. Assmann, là dove asserisce esser necessario «abandonner la notion de l'ordre cosmique, 'Weltordnung', comme le centre du concept de MAat», giacché «le véritable centre, le point de départ d'où toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c'est la catégorie sociale de la *solidarité communicative*» (Id., *Maât*, cit., 133).

¹¹⁰⁵ Cfr., in tema, A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 116 ss., 122 s.

¹¹⁰⁶ J. ASSMANN, *Potere*, cit., 33; vd., altresì, Id., *Ma'at, Gerechtigkeit*, cit., 197 ss.

¹¹⁰⁷ Urk. IV, 1078.6-7.

¹¹⁰⁸ Cfr., per il testo e la traduzione, A. GARDINER, *The Eloquent Peasant*, in *JEA*, IX, 1923, 5 ss.; F. VOGELSANG, *Kommentar zu den Klagen des Bauern*, Leipzig, 1913, *passim*; R. PARKINSON *The Tale of the Eloquent Peasant*, Oxford, 1991, *passim*; vd., altresì, per un commento squisitamente giuridico, N.N. SHUPAK, *A New Source*, cit., 2 ss. e R. VERSTEEG, *Law*, cit., 15 ss.

¹¹⁰⁹ Oas. B1 62-64.

¹¹¹⁰ Cfr., per tutti, E. UPHILL, *The Egyptian Sed-Festival Rites*, in *JNES*, XXIV.4, 1965, 365 ss., nonché E. HORNUNG, *Ancient Egyptian Religious Iconography*, in J.M. SASSON (ed.), *Civilizations of the Ancient Near East*, III, New York, 1997, 1711 ss. e

III (XVIII dinastia), spesso definito nDyty n imy wAst, ossia colui che protegge quello di Tebe (cioè il dio Amun)¹¹¹¹, decreta la 'protezione' (xw) e la 'consacrazione' (swab) delle cantrici e delle danzatrici del tempio di Amun, nonché delle donne residenti nella città del dio, esonerando tutte dai bAk(w) (corvé annuali obbligatorie¹¹¹²), quale corrispettivo, a favore di Amun, per la concessione da parte di questo ultimo della sua prima festa sd¹¹¹³. Il generale Horemhab, divenuto faraone in età post-amarniana (dopo Tutankhamun e Ay), nel suo celeberrimo editto¹¹¹⁴ proclama di voler proteggere (xw)¹¹¹⁵ e disciplinare (Hn)¹¹¹⁶ l'intera terra (tA r Dr.f), in evidente spregio della politica e della metafisica del faraone eretico, colpevole di aver identificato mAat con la volontà del dio (Aton) e, di conseguenza, con la sua rivoluzionaria dottrina 'enoteistica', che aveva annichilito il supremo principio ordinatore dello Stato e del cosmo¹¹¹⁷. Il successore di Ramses I, Seti I (XIX

H.W. FAIRMAN, *The Kingship Rituals of Egypt*, in S.H. HOOKE (ed.), *Myth, Ritual and Kingship*, Oxford, 1958, 74 ss.: detta festa, tradizionalmente resa col sostantivo 'giubileo', invero, rappresentava simbolicamente un rito di rinnovamento del potere del sovrano, e spesso è stata interpretata come il portato di un preistorico regicidio rituale che avveniva allorché il sovrano fosse divenuto incapace di attendere al proprio mandato (vd., sul punto, M.A. MURRAY, *Evidence from the Custom of Killing the King in Ancient Egypt*, in *MAN*, XIV, 1914, 17 ss., ovviamente oltre l'imprescindibile J.G. FRAZER, *Il ramo d'oro. Studio sulla magia e sulla religione*, trad. it., Roma, 2007, 309 ss.; *contra*, cfr. R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 278).

¹¹¹¹ Urk. IV, 1688.17; 1702.14; 1703.7; 1707.4; 1857.7.

¹¹¹² Cfr., quanto alle corvée, C.J. EYRE, *Work and the Organization of Work*, cit., 18 ss.

¹¹¹³ Cfr., per tutti, sul primo giubileo di Amenhotep III, J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals and the Exemption from Corvée*, in *JNES*, LIX.4, 2000, 255 ss.

¹¹¹⁴ Cfr. per l'edizione del testo K. PFLÜGER, *The Edict of Horemhab*, in *JNES*, V.4, 1946, 260 ss.; J.-M. KRUCHTEN, *Le Décret d'Hormheb*, Bruxelles, 1981.

¹¹¹⁵ Urk. IV, 2142.15-16.

¹¹¹⁶ Urk. IV, 2161.17.

¹¹¹⁷ Imprescindibile, sul punto, R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton*, cit., 33 ss. (ma vd. pure, per un ottimo riassunto del suo pensiero, Id., *The Original Meaning*, cit., 23 ss.).

dinastia), nel celebre decreto di Nauri¹¹¹⁸, intende xwi¹¹¹⁹ e mki¹¹²⁰ (beneficare e salvaguardare) tutta la gente del tempio di Abido: tali atti comportano, sostanzialmente, la consacrazione del tempio e il divieto di esproprio delle proprietà, in modo tale che gli attendenti possano esercitare le loro funzioni (Hn) senza alcuna interferenza esterna (nn rdit DATw tA r.sn), vuoi da parte del viceré di Kush, vuoi da parte di qualsivoglia altro funzionario faraonico inviato in missione a Kush. Nessuno, per volere regale, poteva compiere, a danno degli attendenti del tempio (e quindi a detrimento del dio stesso), i seguenti atti: th iTA Sna hd (ingerirsi negli affari del tempio, prelevare persone o beni, ostacolare l'adempimento dei doveri templari); ma, soprattutto, alle autorità amministrative locali era fatto esplicito 'divieto di prelevarli o trasferirli in altri distretti come mano d'opera servile sui campi per l'aratura o la raccolta' (m kfaw m wnw m brt m bhW n skA m bhW n awAy)¹¹²¹.

Di grande interesse, a tal proposito, si rivelano le parole scolpite – pochi ma densissimi decenni dopo Amenhotep III – nella Stele della restaurazione di Tutankhamun (21-22), soprattutto in ordine a quel rapporto sinallagmatico che è dato dall'«échange balancé de don et contre don ... qui est à la base de la communication du roi avec le dieux»¹¹²²:

iw swab.n Hm.f a.w.s. Hmw Hmwt Smaw xbywt wn m nDtyw m
pr-nswt ip.tw bakw.cn r aH r (pr-HD) n nb tAwi. Di.i wn.cn xw
mkw n itwnTrw nbw m mry sHtp.cn m irt mrrt kA.cn, cw.sn tA

¹¹¹⁸ Vd., in tema, W.F. EDGERTON, *The Nauri Decree of Seti I: A Translation and Analysis of the Legal Portion*, in *JNES*, VI.4, 1947, 219 ss.; A. GARDINER, *Some Reflections on the Nauri Decree*, in *JEA*, XXXVIII, 1952, 24 ss.; per il testo del decreto cfr. F.L. GRIFFITH, *The Abydos Decree of Seti I at Nauri*, in *JEA*, XIII, 1913, 193 ss. (pl. 38-43).

¹¹¹⁹ Detto verbo è generalmente impiegato per indicare la concessione di un beneficio o di un privilegio, talché H. GOEDICKE, *Problems concerning Amenophis III*, Baltimore, 1992, 30, lo interpreta come «to exert royal authority over something, which in the case of taxation has the technical meaning of exemption».

¹¹²⁰ Con tale verbo si fa riferimento, anzitutto, alla protezione fisica, tanto che l'azione da esso espressa è spesso associata alla spada del re e alla sua potenza (cfr., paradigmaticamente, Thutmosis [testimonianze matrimoniali] Urk. IV, 557.3); vero è, altresì, che sembrerebbe esserci una stretta connessione tra la protezione e la emanazione di hpw (come dimostra il Decreto di Horemhab e la Stela della Restaurazione di Tutankhamun): cfr. J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals*, cit., 261. Va rilevato, inoltre, che le azioni di protezione nel decreto di Neferhotep (XIII dinastia) sono associate alla qualifica di Dsr (sacra) per la terra di Abido (cfr. J.K. HOFFMEIER, *Sacred in the Vocabulary of the Ancient Egypt*, in *OBO*, LIX, 1985, 138 ss.).

¹¹²¹ Cfr. J.M. GALAN, *The Ancient Egyptian Sed-Festivals*, cit., 259 s., nt. 34.

¹¹²² J. ASSMANN, *Maât*, cit., 133 s.

mry (Sua maestà - vita, forza, salvezza - ha consacrato i servi maschi e femmine, le cantrici e le danzatrici alle dipendenze dell'amministrazione faraonica, la cui mano d'opera era impiegata a palazzo, al ministero del tesoro, presso il signore delle Due Terre. Io farò sì che essi vengano beneficiati e salvaguardati in nome degli antenati e degli dei, nella speranza che essi siano soddisfatti dal mio fare ciò che il loro *ka* desidera e che essi possano, quindi, proteggere la Terra da loro amata).

L'intreccio tra piano umano e piano divino, dunque, si dipana tutto all'insegna di mAat e della monarchia (celeste e terrestre). Il linguaggio egizio è fortemente evocativo nelle espressioni che indicano il valore 'panico' di mAat e la interdipendenza tra gli dei e il faraone. Gli dei - forze cosmiche 'naturali' - debbono vivere di mAat, nutrendosi di essa¹¹²³: gli dei, ossia tutti gli elementi che pervadono l'universo, dal sole alla luna, dal vento, all'acqua, sussistono dispiegando i loro effetti in dipendenza di una forza 'esogena' - e pur sempre divina - che è mAat, una forza a presidio del «proper functioning of the universe»¹¹²⁴, sicché, appunto, la totalità dei fenomeni naturali (e, anzitutto, la fonte prima di sussistenza della vita, il dio sole Ra) trova 'alimentazione' nella personificazione (divina) dell'ordine, garante tanto del 'periplo solare', quanto della permanenza (o del ristabilimento) dell'ordine politico tra gli uomini. E, infatti, «to the Egyptians, it was the existence of mAat itself that ensured that the world would continue to exist as it had had from the beginning»¹¹²⁵.

In un celebre testo il demiurgo Atum è apostrofato dalla dea Nun in versi che sottolineano come MAat sia elemento imprescindibile per la vita stessa della divinità, il suo nutrimento, il suo ossigeno (CT 35 c-g):

sAt.k mAat / d.n.k st r fnD.k / anc ib.k / n Hr st r.k / sAt.k pw
mAat / Hna sA.k Sw 'nx rn.f / wnm.k m sAt.k mAat (Tua figlia è
MAat / baciala e ponila sotto il tuo naso: / il tuo cuore, così
vivrà / chè ella non ti è distante. / MAat è tua figlia / insieme a
tuo figlio Shu, il cui nome è Vita. / Mangerai tua figlia,
MAat)¹¹²⁶.

¹¹²³ Cfr., sul punto, R. ANTHES, *Die Maat des Echnaton*, cit., 5; A. MORET, *Le rituel du cult divin journalier en Egypte*, Paris, 1902, 140; E. TEETER, *The Presentation*, cit., 82; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190 ss. e nt. 35.

¹¹²⁴ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

¹¹²⁵ J.P. ALLEN, *Middle Egyptian*, cit., 116.

E il divinizzato disco solare, Aton, durante l'età dell'eresia amarniana¹¹²⁷, una volta identificato in Ra e, quindi, nel padre stesso di mAat, è detto innumerevoli volte trovare fondamento della propria vita nella (dea) MAat: ntk ra (Tu sei Ra)¹¹²⁸; ntk r' ms mAat (Tu sei Ra che generasti MAat)¹¹²⁹; anx m mAat (egli è colui che vive di MAat)¹¹³⁰. Di più: è la persona stessa del monarca che partecipa della natura divina solo se si nutre, come gli altri dei, di mAat: essa, ipostasi al contempo dell'ordine 'cosmico' (divino) e dell'ordine 'statale' (umano), è identificabile con quell'*ordo rerum* che permette «l'homologie du sacré et du politique»¹¹³¹, dominando l'uno e l'altro concetto. Akhenaton, identificato col sole ed effettiva immagine del padre Aton (tit Axt)¹¹³², si dice 'vivente di MAat' (anx m mAat)¹¹³³ e 'possessore di MAat' (nb mAat)¹¹³⁴; e Hatshepsut, concepita secondo il mito della 'nascita divina' direttamente dalla regina madre e dal dio Amun¹¹³⁵, nell'iscrizione di Speos Artemidos proclama:

s'.n.i mAat mrt n.f / iw rx.n.i anx.f im.s / t.i pw / s'.i m iAdt / wn.kwi r.f m hawf wa hn'.f (lo ho innalzato *ma'at* che egli - Amun - ama: ho saputo che egli vive di lei e che ella è il mio nutrimento, di cui sorseggio l'essenza. E così io e il dio siamo un solo corpo)¹¹³⁶.

La monarchia faraonica, continuazione della originaria opera demiurgica divina, in definitiva, è quell'istituzione superiore tesa alla realizzazione della 'Weltordnung'; è la condizione necessaria stessa, come ben ha riassunto Assmann, «non seulement de l'action humaine, mais aussi de l'action divine, c'est à dire cosmique»¹¹³⁷, in quanto il cosmo (o meglio la monarchia cosmica),

¹¹²⁶ Per il testo vd. R. FAULKNER, *The Ancient Egyptian Coffin Texts*, I, Oxford, 84. Cfr., sul punto, V.A. TOBIN, 'Ma'at', cit., 120; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190.

¹¹²⁷ Cfr., sulla teocrazia amarniana, per tutti, L. ZABKAR, *The Theocracy of Amarna and the Doctrine of the Ba*, in *JNES*, XIII.2, 1954, 87 ss.

¹¹²⁸ M. SANDMAN, *Texts from the Time of Akhenaton*, Brussels, 1938, 59.10; 93.15

¹¹²⁹ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 76.18.

¹¹³⁰ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 71.10; 46.14.

¹¹³¹ G. BALANDIER, *Anthropologie politique*, Paris, 1969, 128.

¹¹³² M. SANDMAN, *Texts*, cit., 59.10; 71.5; 75.8; 91.3.

¹¹³³ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 46.13; 75.7; 76.10

¹¹³⁴ M. SANDMAN, *Texts*, cit., 24.5.

¹¹³⁵ Cfr. H BRUNNER, *Die Geburt des Gottkönigs. Studien zur Überlieferung eines altägyptischen Mythos*, Wiesbaden, 1986, *passim*.

¹¹³⁶ Urk. IV, 384.15-16, 385.1-3.

¹¹³⁷ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 128.

nel suo dinamismo ciclico, non è retto dall'automatismo, né si impone quale sistema auto-regolato e auto-organizzato, bensì dipende da una duplice istanza che continuamente deve essere attesa: la reggenza del cielo, secondo mAat, da parte di Ra (o delle divinità sincretiche che lo inglobano) che legittimi ogni faraone, e la reggenza della terra, secondo mAat, da parte del faraone, il quale, così, procura il necessario nutrimento allo stesso monarca divino¹¹³⁸.

Già nei più antichi Testi delle Piramidi, il sovrano è descritto nell'atto di portare in dono mAat¹¹³⁹: si tratta di un rituale che, sulla base delle numerose testimonianze iconografiche templari e delle iscrizioni dedicatorie connesse, è stato interpretato, oltre che come sintesi suprema di ogni offerta¹¹⁴⁰, altresì «as a potent expression of the political legitimacy of the king»¹¹⁴¹, nonché quale simbolo che «commemorates the willingness of the king to uphold the fundamental principles of world order»¹¹⁴². In altre parole, le immagini dell'offerta da parte del sovrano di mAat - ove quest'ultima è rappresentata in forma antropomorfa, seduta sul geroglifico-fonetico del canestro (nb), impiegato quale segno di 'dominio' o 'possesso'¹¹⁴³ - sono espressione sintomatica della funzione vicaria (rispetto a Ra) del reggente terreno, responsabile verso il padre divino che lo ha direttamente scelto (per il mantenimento di mAat), nonché della finalità cui la monarchia terrena è tendenzialmente diretta (ossia la realizzazione di un ordine che, nutrimento degli dei, garantisce il corretto funzionamento dei meccanismi cosmici)¹¹⁴⁴.

¹¹³⁸ All'uopo possono ricordarsi due testimonianze che, seppur afferenti alla donazione da parte di privati, sono assai eloquenti circa il nesso che incorre tra l'offerta (regale) e la permanenza in vita degli dei. Si tratta dell'iscrizione della statua steloforma di Khaemhet e di un'epigrafe della tomba del privato Kheruef della necropoli tebana, ove si trova scritto rispettivamente 'in.n.i n.k mAat anx im.c' (io ti offro mAat cosicché tu possa vivere di essa) e 'snm.k mAat xr Xry.c' (tu ti nutri di mAat che hai da colui che la offre): cfr. E. TEETER, *The Presentation*, cit., 122.

¹¹³⁹ Pyr. 316 a - 319 b.

¹¹⁴⁰ Vd., per tutti, J. BERGMAN, *Zum 'Mythus vom Staat'*, cit., 92 e C.J. BLEEKER, *Hathor and Thot*, in *Study of the History of Religions*, XXVI, 1973, 80.

¹¹⁴¹ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 82. Vd., altresì, R. MOFTAH, *Studien zum ägyptischen Königsdogma im Neuen Reich*, in *ADAIK*, XX, 1985, 225 s., secondo cui il rito dell'offerta sarebbe stato espressione sia della conformità della monarchia al diritto divino sia del plauso degli dei stessi.

¹¹⁴² E. TEETER, *The Presentation*, cit., 1.

¹¹⁴³ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 19 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 187.

¹¹⁴⁴ Gli esempi potrebbero essere numerosissimi: nel tempio di Abido, Seti I è raffigurato nell'atto solenne di donare mAat ad Osiride e l'immagine è accompagnata da un testo di 'dedica' e da una proclamazione pronunciata dal

Si tratta – come già sopra si accennava – di una reciprocità di prestazioni tra la monarchia dei cieli e quella della terra: da un lato, difatti, «la regolare offerta agli dei garantisce al sovrano milioni di feste di giubileo (sd), legittimandolo per l'eternità», in quanto «è dal mondo divino che il faraone ottiene continuamente le potenzialità necessarie per salvaguardare il cosmo»¹¹⁴⁵; dall'altro, è l'offerta suprema di *ma'at* che, come s'è detto, mantiene viva la divinità e con essa il cosmo¹¹⁴⁶. In tal contesto, si è parlato, evocativamente, di 'Kultpolitik' per descrivere l'esercizio della funzione regale in vista della conservazione dell'ordine cosmico¹¹⁴⁷. Attraverso detta 'politica' si attua un incessante 'fenomeno osmotico' tra Stato e Cosmo, un vincolo di interdipendenza per cui monarchia terrena e monarchia celeste non possono sussistere indipendentemente l'una dall'altra e l'una senza l'altra: il re – in una con l'Egitto – vive grazie al dio, il dio stesso vive grazie al re. La 'Kultpolitik', quindi, indirizzata alla realizzazione di *mAat* assicura che i cicli cosmici si svolgano regolarmente e senza soluzione di continuità: come Ra sorge ogni giorno garantendo così la rinascita di tutto l'universo grazie all'agire del sovrano, così quest'ultimo fonda la sua autorità sulla sua installazione per mano del dio, e il successo della sua reggenza grazie alla protezione del dio¹¹⁴⁸.

donatario, mentre nella sala ipostila del tempio di Amun a Karnak l'offerta, da parte del medesimo sovrano, è rivolta ad Amun-Ra, laddove in una statua, conservata al Museo de il Cairo, Ramses II dona *mAat* ad Horus; cfr. E. TEETER, *The Presentation*, cit., 95 s.: Hnk *mAat* n nb.s ir.f di 'nx Dt / di n.i n.k HH Hbw sd Dt m rnpwt Htpw /di.ni n.k qnt n tA nb anx wAs nb (dono di *mAat* al suo signore affinché questi faccia sì che il donante sia dotato di vita per sempre / io ti ho dato milioni di giubilei e il potere su tutta la terra, vita e dominio nella loro totalità); Hnk *mAat* n nb.s / di.n.i n.k anx wAs nb Aw-ib snb nb mi ra (offerta di *mAat* al suo signore. / Io ti ho dato ogni vita e ogni potere, ogni gioia e salvezza, come Ra); di *mAat* n nb *mAat* ir.f di anx mi ra / di.f anx nb qn nb snb nb Awt-ib nb Hb sd nb (donazione di *mAat* al signore di *mAat* affinché egli faccia sì che il donante sia dotato di vita come Ra. / Egli dà vita, potere, salvezza, gioia assolute, egli dà ogni giubileo).

¹¹⁴⁵ A. AMENTA, *Il faraone*, cit., 28.

¹¹⁴⁶ Come sottolineano C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 190, «there is little doubt that the offering of *MAat* was thought to end with the god ingesting her in one way or another»; cfr., E. TEETER, *The Presentation*, cit., 78 e J. ASSMANN, *Maât*, cit., 121 s.

¹¹⁴⁷ 'Kultpolitik', che, come abbiamo potuto apprezzare, si sostanzia, ritualmente e simbolicamente, nell'offerta alla divinità di *mAat*, pragmaticamente e sostanzialmente, nell'amministrazione della giustizia, nella legislazione, nonché nello svolgimento del rito quotidiano templare, volto a rigenerare la statua del dio e ad assicurarne la presenza sulla terra, nonché nella costruzione di monumenti.

Elemento indicativo della determinazione del monarca al compimento di mAat (limite invalicabile del suo mandato divino e principio ispiratore della sua gestione), si impone la stessa nomenclatura regale, che spesso assurge, massimamente con riguardo al nome di intronizzazione, a vero e proprio manifesto del programma politico-religioso del nuovo sovrano¹¹⁴⁹: il protocollo faraonico, infatti, a far tempo da Snofru (IV Dinastia), è sovente contraddistinto dalla presenza di perifrasi complesse del nome MAat, sino a divenire regola nel periodo ramesside. Così, Hatshepsut sceglie come nome di incoronazione MAat-kA-Ra (il ka di Ra è MAat), Amenhotep III, quello di Nb-MAat-Ra (Ra è il signore di MAat), Ramses II quello di Wsr-MAat-Ra (Ra è potente quanto a MAat)¹¹⁵⁰.

La relazione biunivoca tra i due termini (monarchia-ordine) emerge, di poi, con chiarezza nel rito dell'incoronazione faraonica: se, da un lato, il re (in una con i suoi sudditi) è vincolato a mAat¹¹⁵¹, in quanto la sua carica è ontologicamente funzionale al perseguimento della 'Weltordnung', dall'altro, non vi può essere mAat (sia a livello microcosmico che a livello macrocosmico) senza l'istituto della monarchia, unico mezzo - di origine divina - in grado di far le veci, sulla terra, del diretto governo degli dei: così, se, da un lato, la morte della persona del monarca è - provvisoria - sopraffazione di ciò che è contrario a mAat, ossia rottura dell'ordine, dall'altro, l'incoronazione significa ristabilimento

¹¹⁴⁸ Thutmosis III offre un efficace esempio di tale rapporto di reciprocità - contrattualizzata, per così dire, nella forma 'reale' del *do ut des* - tra monarca celeste e monarca terreno nella celebre 'Stele poetica', ove è lo stesso Amun-Ra a parlare al sovrano: «Io sorgo grazie alla tua devozione e il mio cuore trabocca di gioia perché tu entri nel mio tempio. La cura per la mia statua è dolce e io ti rendo stabile nel mio santuario (...). Io ti installo sul trono di Horus per milioni di anni e tu guiderai per l'eternità i vivi». Per il testo della stele cfr. Urk. IV, 611 ss.; cfr., inoltre S. DONADONI, *La religione dell'antico Egitto*, Torino, 1970, 412 ss.; J. OSING, *Zur Poetischen Stele Thutmosis III*, in J. ASSMANN - E. BLUMENTHAL (ed.), *Literatur und Politik im pharaonischen und ptolemäischen Ägypten*, Le Caire, 1998, 75 ss.; A. KLUG, *Königliche Stelen in der Zeit von Ahmose bis Amenophis III*, Brepols, 2002, 111 ss.

¹¹⁴⁹ Cfr., paradigmaticamente, N. GRIMAL, *Storia dell'antico Egitto*, trad. it., Milano, 1988, 289, 316, 318. Sul protocollo faraonico si vd. A. GARDINER, *Egyptian Grammar*, cit., 71 ss.

¹¹⁵⁰ E. TEETER, *The Presentation*, cit., 4; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 187 s.; J. ASSMANN, *Maât*, cit., 135.

¹¹⁵¹ D. LORTON, *The King*, cit., 58; Id., *Towards a Constitutional Approach*, cit., 464; R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 274; A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 137 ss.; C.A. FARAONE - E. TEETER, *Egyptian Maat*, cit., 188.

dell'ordine teo-politico e teo-giuridico nonché, *a fortiori*, di quello cosmologico¹¹⁵².

A mente di tutto ciò ben si comprende in quale senso mAat si elevi a principio supremo che muove ed ispira l'intera attività di creazione, di interpretazione e di applicazione del 'diritto'¹¹⁵³, giammai inteso unitariamente come disciplina positiva, ma sempre come somma di una pluralità di disposizioni di fonte regia (h_{pw})¹¹⁵⁴: tali disposizioni devono esprimere, nelle singole prescrizioni e sanzioni, lo spirito e, di conseguenza, i dettami ricavabili dalla nozione di mAat la quale, invero, «ne forme pas un recueil de recettes à exécuter passivement», bensì «suscite au contraire la création de solutions à découvrir avec discernement au moment de l'exécution des lois»¹¹⁵⁵. Si è addirittura parlato, a riguardo, di una vera e propria «Constitution»¹¹⁵⁶ – ovviamente non cristallizzata in un testo scritto – della monarchia egizia, oppure di un principio

¹¹⁵² Tutto ciò ben si evince, ad esempio, dal proclama già citato contenuto nella Stele della Restaurazione di Tutankhamun (documento ufficiale che annuncia, *apertis verbis*, contro il sovvertimento provocato dall'eresia amarniana, il ripristino dei valori tradizionali e, quindi, di mAat, in una con il clero tebano), nonché dalle già menzionate profezie di Neferty, ove l'avvento del regno di Amenemhat I, fondatore della XII dinastia, è salutato come vittoria della 'Weltordnung' sul Caos: nswt pw r iyi.t n.(y) rsy lmn.y mAa-xrw rn.f sA Hm.t pw n.(y) !A-sty msi pw n.(y) £n-Nxniw.f r Ssp HD.t iw.f r wTs dSr.tiw.f <r> smA sxm.ty iw.f r sHtp Nb.wy (cfr., sul punto, R.J. LEPROHON, *Royal Ideology*, cit., 277; J.A. WILSON, *Authority*, cit., 2; A. THEODORIDES, *A propos de la loi*, cit., 140; V.A. TOBIN, *'Ma'at' and 'Dike'*, cit., 115 s.).

¹¹⁵³ Scrive brillantemente A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 13 s. che «le moteur de toute l'activité juridique et judiciaire réside dans 'mAat', notion suprême, qu'il y aura lieu de rendre pratiquement par justice» e che «les lois sont des tentatives d'expression de 'mAat'; et au moment de leur application, il est prescrit par le Roi de le faire avec équité».

¹¹⁵⁴ Cfr. D. LORTON, *The King*, cit., 53, 60, nt. 9, che mette in luce il dato, rilevante non solo dal punto di vista linguistico, che non esiste (come, per certi versi, pure del resto in Grecia) un sostantivo per indicare il concetto di 'diritto' in senso oggettivo (*ius*, 'Law', 'Recht'), ma, atteso che hp può valere anche come «single written law» e che «there is no separate term for codified law», un insieme di disposizioni è indicato col plurale h_{pw}; vd., altresì, E. OTTO, voce *Abstraktionsvermögen*, in W. HELCK - E. OTTO - W. WESTENDORF (ed.), *Lexicon der Ägyptologie*, I, Wiesbaden, 1973, 19 s.

¹¹⁵⁵ A. THEODORIDES, *La formation du droit*, cit., 14.

¹¹⁵⁶ J.A. WILSON, *The Constitution of Ancient Egypt*, in *BFAA*, X, 1956, 3 ss.; adesivamente, cfr. A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 58.

fondamentale «à la base de toute législation»¹¹⁵⁷, se non addirittura di «divine law»¹¹⁵⁸.

Si potrebbe parlare, forse e meglio (alla luce dei rilievi emersi nel presente paragrafo), di 'Ragion di Stato' (da intendersi, ovviamente, come logica fondamentale di un qualsivoglia centro di potere, vuoi politico, vuoi civile, vuoi religioso) e, per traslato, come il fine ultimo della cd. 'stabilità generale'. Una 'Ragion di Stato', tuttavia, *sui generis*, in quanto il concetto di 'effettivo' e quello di 'giusto' si confonderebbero nell'aggettivo mAaty: più precisamente, il fare e il dire mAat - da parte dei giudici e dei funzionari faraonici -, nonché il realizzare mAat - da parte del re - non significherebbero positivizzare e attuare (attraverso il puntuale rispetto delle prescrizioni rituali per il culto degli dei, attraverso una legislazione attenta al 'proverbiale orfano' e alla 'proverbiale vedova', attraverso una applicazione del diritto secondo equità) una sorta di *ius naturale* (come qualcuno ha peraltro sostenuto¹¹⁵⁹), né implicherebbero che di mAat «le véritable centre, le point de départ d'ou toutes ses acceptions plus spécifiques dérivent, c'est la catégorie sociale de la solidarité communicative»¹¹⁶⁰. Ciò che noi definiamo 'giusto' o 'equo' (mAaty) non sarebbe, in altre parole, il fine ultimo dell'attività rituale, nomopoietica, giudiziaria, amministrativa: il 'fare giustizia', entro lo Stato faraonico, insomma, non avrebbe, in sé e per sé considerato, un'autonoma rilevanza, ma sarebbe unicamente il 'mezzo' della permanenza dell'ordine che garantisce - sul piano statuale - la lontananza da *isfet*, cioè la pacifica convivenza e - sul piano cosmico - l'essere (ordinato) del tutto. Riprendendo i concetti normativisti di 'condizione' e di 'fondamento' elaborati in tema di effettività delle norme e dell'ordinamento giuridico¹¹⁶¹, in definitiva, mAat sarebbe il fondamento del sistema cosmico, e lo Stato faraonico - animato teleologicamente da una *ratio* che è la stessa mAat - la condizione

¹¹⁵⁷ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 75: l'autore nel trattare del rapporto tra la magia e mAat giunge ad affermare che questa ultima «est un principe, jamais un système de lois codifiées, comme le code d'Hamourabi par exemple ou la loi de Moïse» e che «elle est à la base de toute législation, comme principe générateur, mais ne constitue pas la loi elle-même». Del pari A. THEODORIDES, *Les égyptiens anciens*, cit., 57, sostiene che «*ma'at* est apparue comme une norme suprasensible, comme un modèle tout à fait idéal, dont il faut s'inspirer, mais qui n'a pas été analytiquement définie quant à son contenu», sicché «les préceptes de *ma'at* ne sont jamais présentés tout faits, ils sont à faire» e che «*ma'at* est l'objet d'une perpétuelle recherche, opérée par le Roi assurément, dans son pays et pour son pays, mais avec la collaboration de ce pays».

¹¹⁵⁸ D. LORTON, *The King*, cit., 58.

¹¹⁵⁹ Cfr., per tutti, R. VERSTEEG, *Law*, cit., 23.

¹¹⁶⁰ J. ASSMANN, *Maât*, cit., 133.

¹¹⁶¹ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, trad. it., Milano, 1959, 42.

della stabilità e dell'ordine generale (*rectius*: universale): ma, a prescindere dalle definizioni, ciò che importa rilevare è che numerose fonti attestano come – lungi da considerazioni positivistiche – fossero da considerarsi hpw (ossia norme giuridiche vincolanti) solo quelle disposizioni che, create sì dal faraone, unico depositario del potere nomopoietico¹¹⁶², consacrassero mAat¹¹⁶³.

¹¹⁶² Cfr., sul punto, D. LORTON, *The King*, cit., 58.

¹¹⁶³ Oas. B1 304-307: «Fai mAat per il signore di mAat, chè vi è mAat al di sopra di mAat. Quando ciò che è giusto è giusto, allora è giusto»; Ptahhotep 88-90 (in Z. ZABA, *Les Maximes de Ptahhotep*, Prague, 1956, 23): «Grande è MAat e duratura ed efficace /essa non è stata scossa sin dal tempo di Osiride, poiché chi non ottempera le sue leggi è punito /... il fine di mAat è ciò che permane»; Dedicata a Ramses II in Abido (KRI 2.327.1-2): «L'amato di MAat, vive attraverso di lei per mezzo delle sue leggi»; Incoronazione menfitica di Horemhab (Urk. IV, 2122.19): «Le sue (del faraone) leggi fioriscono quale offerta di MAat sulla terra»; Decreto di Horemhab (Urk. IV, 2142.13): «Egli ha creato hpw per diffondere MAat attraverso le Due Terre»; Stele Louvre C a 86 (in A. MORET, *La légende d'Osiris à l'époque thébaine d'après l'hymne à Osiris du Louvre*, in *BIFAO*, XXX, 1931, 725 ss.): «La forza è stata posta nel suo posto e l'abbondanza si è stabilita grazie alle sue leggi – di Horus – sicché le vie sono libere e i cammini aperti. Le due terre ora sono in armonia e l'accusatore si è ... la terra è pacificata sotto il suo Sovrano, e mAat è resa salda dal suo signore, e isft è messa alle spalle».