

Quando Aulo Gellio riflette sulla pena. C'è uno scrittore latino non giurista che si può essere quasi certi di trovare citato almeno una volta nei manuali di Istituzioni di diritto romano, compresi quelli più sintetici: si tratta di Aulo Gellio, erudito del II secolo d. C. e autore delle *Notti Attiche* in venti libri, una miscellanea di disquisizioni filologiche, racconti e curiosità antiquarie di ogni genere. In tal senso una delle testimonianze più celebri è quella relativa a Lucio Verazio, un soggetto, che alcuni studiosi insigniscono *motu proprio* del cavaliere, il quale si diletta a schiaffeggiare per strada uomini liberi per poi tacitare subito l'offeso, a cui un servo con una borsa colma di monete pagava i venticinque assi della pena delle XII tavole per le *iniuriae* minori, una somma degna di rispetto al tempo dei decemviri ma resa insignificante dalla svalutazione (N.A. 20.1.13). Invero, tra i non pochi dubbi legati alla vicenda – a partire dalla sua stessa storicità – vi è anche quello circa l'entità delle percosse: per Vincenzo Scarano Ussani, che identifica Verazio in un etrusco romanizzato arricchitosi con i traffici commerciali e gli appalti, si tratterebbe di robusti ceffoni intrisi di rancore nazionalistico (V.S.U., *Gli 'scherzi' di Lucio Verazio*, ZPE 90 [1992] 127 ss.); mentre Antonio Guarino, rifiutandosi di credere alla condotta di un «cretino integrale», ritiene che il perdurare di quel vezzo sia compatibile solo con schiaffetti simbolici distribuiti, e remunerati, soprattutto a scopo di pur greve facezia (A.G., *Labeone e gli schiaffi*, *Labeo* 38 [1992] 314 ss. [= *Pagine di diritto romano*, V, Napoli 1994, 25 ss.]). Benché stavolta per nulla umoristico, ricorre abbastanza sovente anche il ricordo di quel processo formulare in cui lo stesso Gellio fu nominato giudice ma per un tormentato problema di coscienza non si sentì di applicare il principio dell'*onus probandi* che avrebbe premiato un convenuto dalla nomea deteriore e si astenne dal pronunciare sentenza (N.A. 14.2.25): di qui gli studiosi traggono la regola per cui al *iudex privatus* era data una terza via tra la condanna e l'assoluzione del convenuto, ossia un *non liquet* asseverato da giuramento. In ogni caso è risaputo che le *Noctes Atticae*, oltre a costituire una lettura attraente e piacevole, si pongono come una delle fonti atecniche più preziose per la ricostruzione del diritto romano, restituendo citazioni testuali o indirette di versetti delle XII tavole, di leggi pubbliche, di editti magistratuali e di testi giurisprudenziali: basti accennare alla miniera di dati e suggestioni costituita dal pure notissimo dialogo tra il filosofo accademico Fa-

vorino di Arles e Sesto Cecilio Africano sulle pene decemvirali, ritenute dal primo, nel confronto con le *Leggi* platoniche, o troppo oscure o troppo severe o, al contrario, troppo blande e inefficaci (*N.A.* 20.1, ivi il citato episodio relativo a Lucio Verazio), e difese dal giurista che nell'occasione dà vita a un'elegante lezione di metodo sottolineando l'imprescindibilità della loro contestualizzazione storica. Proprio della funzione della pena, valutata in chiave teorico-filosofica, si occupa un lungo brano delle *Notti Attiche* (7.14), il cui *incipit* fornisce il titolo, e dal quale prende le mosse il recente saggio di Daniele Vittorio Piacente, *Poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est*, Torino 2023, X-194, teso a individuare un possibile rapporto, e l'eventuale misura dello stesso, tra la teoria sanzionatoria che emerge dal passo di Gellio e i risultati della riflessione giurisprudenziale e della legislazione imperiale coeve. Nel Capitolo I (1-68) l'Autore, dopo un rapido ma informato profilo di Aulo Gellio, un dotto cultore di *antiquitates* senza tentazioni di vanità, serio e intellettualmente onesto, il cui rapporto con le fonti messe a partito, pur di ardua ricostruzione, appare in buona sostanza affidabile, e dopo aver identificato quel Tauro (*noster Taurus*) citato nel brano che interessa e presente in diversi altri luoghi nelle *Notti Attiche*, con Calveno Tauro, filosofo di rilievo nel II secolo, commentatore di Platone e rettore dell'Accademia di Atene, passa a considerare nel dettaglio la trattazione gelliana della pena. Procedendo ora in breve, la punizione dei delitti è fondata per i filosofi su tre cause, anche se – si precisa – Platone ne ricorda due. Il verbo usato all'inizio è *poenire* (*poeniendis peccatis*), ma in seguito compaiono vari altri termini adoperati in modo abbastanza promiscuo, come *coercere*, *vincere*, *animadvertere*, *plectere*, *luere*, *ulcisci*. In primo luogo, e tale causa è detta in greco *kólasís* o *noythesía*, la pena è adibita a castigare ed emendare il reo, perché in futuro sia più attento e corretto. Gellio tuttavia parla di un agente *qui fortuito delinquit*, espressione riferibile a un evento lesivo provocato inavvertitamente, a un delitto commesso per colpa, e ciò è confermato dalla finale successiva *ut ... attentior fiat correctiorque*. L'Autore però non focalizza questo specifico aspetto e mostra di intendere tale causa in modo generale: in effetti, non è da escludersi un fraintendimento da parte di Gellio, in ogni caso si tratta di un problema di particolare interesse perché, a chiunque sia riferibile il pensiero, qui l'*emendatio* non investe il piano etico ma si concentra e si esaurisce in una maggiore accortezza nell'operare, ed è abbastanza singolare che si illustri la valenza in oggetto della pena ricorrendo a un'ipotesi di illecito commesso per imprudenza anziché con dolo. La seconda finalità – la causa è detta in greco *timoría* – è quella di tutelare la dignità e l'autorità di chi ha subito l'illecito, in quanto se il *peccatum* non venisse punito egli sarebbe disprezzato e perderebbe rispettabilità. La terza causa, detta in greco *parádeigma*, investe il profilo deter-

rente della sanzione, che in tal modo si pone come un esempio, sì che per timore della stessa i consociati si astengano dal commettere quei delitti. *Idcirco* – si conclude – *veteres quoque nostri 'exempla' pro maximis gravissimisque poenis dicebant*. In quest'ultima precisazione l'Autore coglie una sorta di rivendicazione operata da Gellio a favore dei *veteres nostri*, cioè dei giuristi da lui consultati, di «una capacità autonoma di riflessione sulla pena, evidentemente esclusa negli altri casi» (59). Tutto ciò premesso, se alla pena non è riconducibile almeno una delle predette finalità – per esempio, sussiste una fondata speranza di autonomia *emendatio*, o, al contrario, manca ogni speranza che il colpevole possa pentirsi e correggersi, o difetta una lesione all'onorabilità della vittima, o infine per la tipologia del *peccatum* non appare necessario infliggere una pena *ad exemplum* –, la sua irrogazione diventa priva di scopo e non si giustifica indipendentemente dalla natura del delitto commesso. In tale considerazione lo Studioso sottolinea la presenza di «un'importantissima apertura rispetto alla concezione tradizionale dell'imputabilità» (64), che ne mette in luce le cause di esclusione. Esse acquistano particolare rilevanza anche in rapporto alla possibilità per il giudice di modulare la pena nel nuovo regime processuale della *cognitio extra ordinem*. Gellio aggiunge infine che dei tre motivi del punire hanno trattato spesso diversi filosofi, come Tauro nel libro I dei commentari al *Gorgia* di Platone, il quale però, dal canto suo, proprio nel *Gorgia* – di cui viene riportato il passo – ha teorizzato soltanto il primo e il terzo, valendosi del vocabolo *timoria* nell'accezione generica di pena, perché trattava dei castighi inflitti dopo la morte, quando dell'onorabilità dell'offeso non si fa più questione, e qui sembra affiorare un rilievo critico (di Tauro o di Gellio) al grande filosofo, il quale non avrebbe compreso che il tema della pena non dev'essere considerato in esclusiva chiave metafisica. Terminato l'esame di *Noctes Atticae* 7.14, nel capitolo II (69-108) l'attenzione si rivolge alle fonti giuridiche romane al fine di verificare in particolare se alcune pronunce imperiali in ambito penalistico possano apparire in qualche misura ricollegabili al pensiero di quei giuristi che hanno influenzato anche le riflessioni di Aulo Gellio. Vengono passati in rassegna alcuni tra i testi più rilevanti, e del resto oggetto di un'ampia mole di studi, relativi alle tendenze che emergono nell'elaborazione giuridica dell'età da Adriano a Marco Aurelio e Commodo, aggiungendovi tuttavia passi più tardi ma a quelli concettualmente legati. Pressoché di regola le fonti focalizzano l'omicidio, da un lato per la sua valenza di crimine antonomastico, ma soprattutto perché la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* prevedeva ipotesi di reati di danno, come l'uccisione di un uomo, ed altre che costituivano reati in sé perfetti, che chiameremmo di pericolo, come l'*ambulare cum telo hominis occidendi causa*, i quali finirono per porsi all'origine della repressione del tentativo: se infatti è punito chi si

aggira con un'arma lo sarà anche, *a maiori*, se di questa ha fatto uso allo scopo, pur non raggiunto, di uccidere un uomo. Detto ora necessariamente in pillole minutissime, le fonti citate si riferiscono alla pregnante rilevanza della *voluntas* con il corollario della punibilità del tentativo (D. 48.8.14 [Call. 6 *de cogn.*]); ancora alla valutazione della sussistenza della *voluntas occidendi* con riflessi sulla preterintenzionalità e con particolare attenzione al genere di strumento usato per colpire (Coll. 1.6.1-3 [Ulp. 7 *de off. proc.*]; D. 48.8.3.1 [Marcian. 14 *inst.*]); alla grave e colpevole imprudenza pur esente da volontà omicida (Coll. 1.11.1-4; D. 48.8.4.1 [Ulp. 7 *de off. proc.*]); alla valutazione dell'*impetus* in contrapposizione al *propositum* delittuoso e al *casus* (D. 48.19.11.2 [Marcian. 2 *de publ. iud.*]). Nella politica sanzionatoria fondata sulla *qualitas personarum* ove, come è noto, le pene per gli *humiliores* appaiono assai più crude di quelle previste per gli *honestiores*, sul presupposto che si tratta di due distinte tipologie di repressione, l'Autore, sia pure con cautela, è propenso a individuare anche due diverse funzioni: pena come castigo per gli *honestiores* e pena *ad exemplum* per gli *humiliores*, rispetto ai quali verrebbe meno l'intento di recuperabilità sociale, e in tal modo si proporrebbe quella difformità di funzioni della pena presente nel passo di Aulo Gellio in *N.A.* 7.14. Un cenno finale è dedicato a D. 48.19.20 (Paul. 18 *ad Plaut.*), unico testo in cui si afferma che la pena è posta *ad emendationem hominum* – la teoria ha lontane origini sofistiche (Protagora) –, del quale si è occupato anche il saggio abbastanza recente di Alessandro Manni, *Poena constituitur in emendationem hominum: alle origini di una riflessione giurisprudenziale sulla pena* (Napoli 2017). L'Autore, tuttavia, non indica in proposito una possibile (seppure assai remota) relazione con la teoria gelliana e in particolare con quell'accenno all'*emendatio* con i caratteri che si sono rilevati sopra. Il Capitolo III (109-154), che chiude il libro, è dedicato al frammento in D. 48.19.16, che, unico, reca l'*inscriptio* '*Claudius Saturninus libro singulari de poenis paganorum*', una delle classiche croci della romanistica a partire dall'identificazione del suo autore, il quale secondo alcuni studiosi non sarebbe altri che Venuleio Saturnino, giurista dell'età di Antonino Pio e dei *divi Fratres* presente con un discreto nucleo di passi nelle Pandette, ove figurano anche brani di un'opera *De iudiciis publicis*, e a cui inoltre appartiene il frammento che precede quello citato (D. 48.19.15), tratto dal I libro *de officio proconsulis*. Per un'unica figura deporrebbe anche l'*Index Florentinus* che attribuisce il *De poenis paganorum* a Venuleio. L'Autore espone le diverse tesi prospettate, giustamente ritiene trattarsi di due persone distinte e in sintonia con Roberto Bonini è propenso a credere che l'artefice del *de poenis paganorum*, pur acculturato e non estraneo all'ambito del diritto, non possa dirsi un giurista: d'altronde, per tacere di molto altro, il fissare la differenza tra il *furtum manifestum* e il

non manifestum nella maggiore o minore *atrocitas* sembra già di per sé un parametro eloquente. Nondimeno il brano di Claudio Saturnino con la sua sistemazione fondata su *quattuor genera* di delitti (*facta, dicta, scripta, consilia*) e *septem modi* (*causa, persona, locus, tempus, qualitas, quantitas* ed *eventus*), pur con le accennate mende (manca, tra l'altro, la considerazione dell'elemento psicologico) costituisce comunque un tentativo teorico unico nel suo genere e come tale certamente meritevole di quell'attenzione che, in effetti, la dottrina gli ha da tempo tributato. L'Autore si pone l'interrogativo se l'oscuro trattatista possa aver avuto conoscenza dell'opera di Aulo Gellio, in particolare con riferimento a D. 48.19.16.2 ove si menzionano le percosse di un maestro o un genitore che rimangono impunte in quanto inflitte *emendationis causa*, e propende per la soluzione negativa, riconoscendovi piuttosto i segni dell'unità di una cultura. In realtà l'ultimo periodo del frammento (D. 49.19.16.10), che allude a una pena a volte inasprita al fine renderla *ad exemplum*, potrebbe porsi come una pur remota suggestione, ma non viene in tal senso valutato perché ritenuto frutto di interpolazione (senonché lo iato contenutistico rispetto a quanto precede potrebbe essere dovuto alla soppressione compilatoria di brani intermedi). Probabilmente sarebbero state opportune alcune pagine di 'Conclusioni' ove tirare le fila del percorso compiuto enucleandone gli esiti. Anche se – questa almeno la mia impressione – al termine della lettura, i punti di contatto nell'ambito dei tre binari di indagine corrispondenti ad altrettanti capitoli, in particolare tra il secondo e il terzo – quelli giuridici – con il primo – la trattazione di Aulo Gellio sulle *causae* della pena –, si rivelano abbastanza sfuggenti. L'idea alla base del saggio di partire dalla visione filosofica offerta dalle *Notti Attiche* per una successiva mirata verifica nell'ambito dei testi giuridici romani non può dirsi priva di una sua suggestione, tuttavia, come talora capita, sullo specifico piano delle risultanze euristiche la ricerca non ha forse corrisposto, sul punto, alle attese iniziali. All'Autore va comunque dato atto di un approccio ermeneutico misurato, di una sintesi giuspenalistica funzionale al tema che la necessaria brevità rendeva non agevole, di un'informazione bibliografica aggiornata ed esauriente.

La conta per dividere gli uomini. Andrew Whitby, un *data scientist* australiano che vive negli Stati Uniti, all'inizio del suo recente saggio che indaga anche in chiave storica di lungo periodo i riflessi del censimento sugli assetti delle nazioni (A.W., *The Sum of the People*, New York 2020, 3) scrive che «counting people is quite different from counting boxes». Si tratta di un'affermazione semplice soltanto a prima vista, in quanto allude a un carattere che, nella sua intrinseca contraddittorietà, può dirsi rapportabile al censimento pressoché di

ogni epoca. Proprio per la natura complessa e polivalente di ogni singolo individuo, le persone non possono essere catalogate secondo rigidi criteri come avviene per i prodotti di serie, ma, ciò nonostante, è anche vero che una volta che si sia ritenuto di programmarlo stabilmente, il conteggio degli uomini deve necessariamente spingersi assai oltre una mera dimensione quantitativa, in quanto per ciò stesso funzionale alla risposta di ulteriori rilevanti interrogativi di natura demografica ed economica in vista di finalità che pur mutando profondamente nell'evoluzione storica continuano a rispondere a interessi primari di una compagine politica. Proprio per l'importanza che riveste il profilo qualitativo si registra da tempo una preoccupazione degli organismi internazionali, dall'ONU alla UE, in direzione di un risultato il più possibile affidabile e uniforme delle operazioni di censimento. Con una rassegna rapida ma informata di tali raccomandazioni ufficiali si apre l'ultima monografia di Giovanbattista Greco, *Census. Profili storico-giuridici delle attività di censimento a Roma*, Torino 2022, VI-251: detto *per incidens*, questa tipologia di *incipit* legati al diritto vigente, che – sulla base di ovvi presupposti tematici – oggi ricorre con una certa frequenza nei saggi romanistici, è stata anche di recente oggetto di critica, tuttavia, a mio avviso, in sé considerata non costituisce un indice metodologico, e sotto diverso profilo il campo visivo dello storico non può non investire anche la contemporaneità. Peraltro, nel nostro caso, l'Autore legittima tale scelta in modo coerentemente mirato, ponendo alla base della propria ricerca una domanda dall'indubbia valenza suggestiva (7): proprio le direttive a cui si è accennato, con quella tensione verso risultati sempre più omogenei, circostanziati e affidabili, inducono a chiedersi se al censimento possa riconnettersi un interesse che vada oltre l'«algido» appannaggio delle scienze statistiche per coinvolgere anche i cultori delle scienze umane, e in particolare di quelle giuridiche, nel contesto del costante confronto interdisciplinare raccomandato ormai da tempo e a più voci sul piano metodologico. Dopo un *restatement* esauriente e ragionato della letteratura sul *census* a partire dalla fine del XIX secolo, al termine del quale vengono indicate alcune criticità che possono ritenersi *lato sensu* paradigmatiche – come una carente contestualizzazione del problema relativo all'origine dell'istituto nell'organizzazione cittadina dell'epoca pre-etrusca, o un'insistita correlazione tra *census* e magistratura dei censori quasi allusiva di una dipendenza di quello da questi, o un *focus* tendenzialmente puntato sull'assetto di Roma nell'età anteriore alla crisi della *res publica* – e un breve capitolo dedicato alle accezioni del verbo *censere*, incomincia la trattazione del *census* nelle varie fasi della storia giuridica romana. Si tratta di un percorso condotto in modo analitico sotto ogni profilo della problematica implicata, di cui in questa sede non si può che dare conto *per indicem*. Quanto ai primor-

di, anche se dai testi affiora l'immagine di un'organizzazione cittadina che già all'epoca dei re latino-sabini potrebbe indurre l'idea di un pur embrionale vaglio quantitativo della popolazione e degli elementi che la compongono, l'esame dei filoni della tradizione annalistica relativa alla fondazione di Roma alla luce delle testimonianze archeologiche e degli studi più accreditati sulle forme di produzione economica e le strutture politiche e sociali coeve inducono ragionevolmente a escludere una tale possibilità. Le fonti (Livio, 1.42.4-5; Dionigi di Alicarnasso, 4.14.5-6; Cicerone, *rep.*, 2.22.39-40) appaiono invece più attendibili nell'attribuire al re Servio Tullio l'introduzione del censimento (problema diverso è quello relativo al grado di perfezionamento ivi rappresentato). Stando a Livio, coloro che possedevano almeno centomila assi furono raggruppati nella prima classe comprendente ottanta centurie, quaranta di *seniores* e quaranta di *iuniores*, forniti di un completo apparato difensivo in bronzo (elmo, scudo rotondo, schinieri, corazza), nonché di lancia e spada, la seconda classe (almeno settantacinquemila assi e venti centurie) prevedeva un armamento un po' inferiore e così, sempre in chiave decrescente quanto a presupposto patrimoniale e corredo armato, per le tre successive, tanto che gli appartenenti alle trenta centurie della quinta classe, comprensive di due centurie di *tubicines* e *cornicines*, risultavano una torma di frombolieri dotati unicamente di fionda. A queste si accodava una centuria di cittadini indigenti esentati dagli obblighi militari, mentre ai membri dell'*élite* cittadina erano riservate diciotto centurie di cavalieri, che votavano per prime. In tal modo, spiega lo storico patavino, gli oneri fiscali non venivano più distribuiti per capi ma in proporzione agli averi con aggravio per gli abbienti, i quali, in base all'ingegneria costituzionale legata alla distribuzione delle centurie come unità di voto e alla loro diversa densità, si trovavano in compenso favoriti in chiave timocratica (all'interno di ogni classe vige invece il principio gerontocratico) con effetto già all'inizio decisivo in sede di suffragio qualora le diciotto centurie dei cavalieri e le ottanta della prima classe si trovassero d'accordo. Anche lo storico della Caria, la cui descrizione diverge in vari punti da quella di Livio, sottolinea lo spostamento degli oneri bellici e fiscali dai poveri agli abbienti, con la compensazione legata al maggiore peso politico, e Cicerone valuta soprattutto questo meccanismo combinatorio di gravami e prerogative che caratterizza la riforma serviana, non mancando di sottolineare che, a rigore, la moltitudine non era esclusa dal voto – sarebbe stato tirannico –, ma non doveva nemmeno valere troppo, il che avrebbe costituito un pericolo. A un'attenta valutazione critica appare peraltro poco plausibile che il *census* originario rivestisse quei caratteri al contempo militari, fiscali e politici segnalati dalle fonti. Circa la divisione dei *cives* in classi Livio e Dionigi si riferiscono a basi monetarie diverse – asse per il primo, dracma per il secondo

– con un rapporto di cambio di dieci a uno in realtà attestatosi soltanto secoli dopo (tra il 213 e il 150 a.C.). Anche la norma della *lex Voconia*, del 169 a. C., che vieta di istituire eredi donne ai possessori di almeno centomila assi, soglia che Livio riferisce alla prima classe del censo, depone per una capienza patrimoniale che poco si coniuga con le condizioni economiche del VI secolo a. C. Per questo e per altri motivi si può ritenere che il *census* di quell'età mostrasse una struttura assai meno compiuta e poliedrica. Il dato non revocabile in dubbio risiede nel suo collegamento con l'esercito, ma anch'esso va inteso in forma, per così dire, più empirica, ossia come una conta di uomini reclutabili per la guerra in rapporto all'equipaggiamento che agli stessi era possibile accollare in quanto in grado di farsene carico. Con il passaggio dalla monarchia alla repubblica – prescindendo dalle modalità con cui avvenne (che tuttavia l'Autore non manca di considerare alla luce delle diverse tesi prospettate in dottrina) – il censo entra nelle competenze dei consoli. Così, dopo i primi quattro censimenti disposti da Servio Tullio, il primo del periodo repubblicano si sarebbe svolto nel 508 a. C., poco dopo la cacciata di Tarquinio il Superbo, durante il cui regno tale pratica tacque, e altre rilevazioni nel cinquantennio successivo furono compiute dai consoli e in un caso dal dittatore. Peraltro, i censimenti collocabili tra la fine del VI e gli inizi del V secolo a. C. si rivelano essi pure pressoché unicamente funzionali a formare il corpo militare cittadino in un quadro di osmosi tra esercito e società civile «per cui i rivolgimenti dell'una finivano per modificare gli assetti dell'altro» (86). Poco afferrabile appare il nesso, tra l'altro attestato in modo discontinuo, tra il censimento e il prelievo fiscale indicato come *tributum*: secondo l'Autore, se da un lato rimane plausibile il ricorrere anche in tal caso di uno dei procronismi tipici del racconto tradizionale, non sembra neppure da escludersi che già all'inizio della repubblica, specie in occasione di guerre di lungo impegno temporale, si sia deciso di introdurre una paga per i soldati finanziata mediante contribuzioni private coattive. Nel V secolo a. C., con l'istituzione del comizio centuriato, l'assemblea dei *cives* aggiunge all'originario volto militare di marca serviana quello politico con le connesse importanti valenze. Le centurie come unità-base del comizio erano 193 (Dionigi e Cicerone) o 194 (Livio), e, come si è detto, quelle dei cavalieri e della prima classe, equamente divise tra *seniores* e *iuniores*, costituivano insieme la maggioranza assoluta (98) con conseguente monopolio decisionale. Quando il comizio abbia incominciato a operare come organo deliberativo è peraltro impossibile dire, si può tuttavia escludere che ciò sia avvenuto all'epoca di Servio Tullio, ed è plausibile che a un tale risultato si sia giunti attraverso progressivi aggiustamenti nel corso dell'intero V secolo. Tra le spinte convergenti in questa direzione, che sono molteplici, mi sembra particolarmente suggestiva quella indicata

dall'Autore come «l'originario legame tra l'esercito centuriato e l'assemblea degli uomini in armi, in virtù della quale la seconda avrebbe costituito, almeno in linea ideale, una promanazione del primo» (101): depongono in tal senso l'uso del verbo *imperare* per la chiamata del popolo al comizio, l'appellativo di 'esercito urbano' attribuito all'organo, la convocazione in Campo di Marte, cioè fuori dalle mura cittadine, dove l'*imperium militiae* è giuridicamente illimitato, l'identificazione gelliana (*N.A.*, 12.27.5) delle prime delibere con le *leges de bello indicendo*. Gli interventi innovativi di maggiore rilievo riguardarono probabilmente il numero delle classi e, al loro interno, la separazione degli uomini *ratione aetatis*, che non è attestata da tutte le fonti e in rapporto alla quale è alquanto singolare l'identico armamento di anziani e giovani posto che alla guerra offensiva oltre i confini sono chiamati soltanto questi ultimi. Negli oltre ottant'anni tra il 450 a.C., fine del decemvirato legislativo, e il 367 a. C., compromesso licinio-sestio, l'assetto costituzionale romano registra incisive innovazioni e tra queste si segnala l'istituzione della magistratura dei censori, la cui precisa collocazione cronologica è però problematica. Stando a Livio si tratterebbe del 443 a. C., e lo storico spiega che in origine era una carica di scarso rilievo (*res a parva origine orta*), che poi avrebbe acquistato prestigio per il controllo sui costumi dei Romani e sulla rettitudine dei senatori. In ogni caso l'istituzione si era resa indispensabile perché le operazioni di censimento non si tenevano da troppo tempo e i consoli, oberati dagli impegni bellici, non erano più in grado di provvedervi. Ancora da Livio si apprende che nel 434 a. C. una *lex Aemilia de censura minuenda* sarebbe stata approvata su proposta del dittatore Mamerco Emilio Mamercino, che ritenendo una minaccia per la libertà la lunga durata della carica censoria, l'avrebbe ridotta a diciotto mesi, suscitando una veemente reazione *ad personam* dei suoi detentori (sul punto torneremo), il che sembra confermare il dato di una durata quinquennale della magistratura. La *lex Aemilia* poi perderà effetto alla fine del IV secolo a. C. in base a un'interpretazione cavillosa di Appio Claudio non disposto a lasciare la carica. Circa le origini della censura le tesi espresse in dottrina appaiono assai divaricate, ma l'Autore, dopo averne dato conto nel dettaglio, è propenso a prestare sostanzialmente fede al racconto di Livio quanto all'anno di istituzione, alla durata quinquennale, e, soprattutto, alla finalità della nuova magistratura, che era, appunto, quella di provvedere al censo: «per ragioni di necessità, è la funzione che crea l'organo» (114). Abbastanza ardua per il carattere frammentario delle testimonianze è la ricostruzione delle modalità con cui si svolgevano le operazioni di censimento. Certa è la sede, ossia il Campo di Marte; i maschi *sui iuris* appartenenti alle tribù si presentavano a turno davanti al censore assiso sulla *sella curulis* e coadiuvato da numerosi ausiliari. All'inizio erano convocati solo

i residenti nella città, poi, dal III secolo a. C., la chiamata si estese all'intera Italia. È parimenti difficile stabilire quali soggetti e quali beni venissero inseriti nel calcolo, tanto più che nell'arco di un quarantennio (dal 69 al 28 a. C.) la popolazione risulterebbe più che quadruplicata (4.063.000 contro 910.000): in proposito si è ritenuto che solo il censimento augusteo abbia incluso donne e bambini, altri invece hanno attribuito unicamente a quest'ultimo un crisma di ufficialità. Il cittadino prestava giuramento, poi dichiarava prenome, nome e cognome personali e quelli del padre, o, se liberto, del patrono. Per le donne e gli impuberi *sui iuris* la *professio* spettava ai tutori, ma i loro nomi erano annotati in un elenco separato e non rientravano nella somma dei censiti. I cavalieri venivano censiti a parte e si presentavano sulla cavalcatura, oggetto di valutazione insieme con il loro equipaggiamento: se non superavano la verifica, erano passibili di sanzioni, tra cui la sospensione del contributo ordeario. terminate le operazioni, venivano redatte le *tabulae censoriae* con le liste delle tribù, delle classi e delle centurie. Nell'ambito delle procedure censuarie avveniva anche la *manumissio censu, iusta et legitima* come quelle *testamento* e *vindicta* (Gai.1.16), che rendeva il servo uomo libero e cittadino romano. La *professio* viene resa in tal caso dallo schiavo, ma fondamentale è il *iussum* del padrone che la precede, pertanto, tale affrancazione può qualificarsi come «un atto complesso, a formazione progressiva» (131). Una qualificante prerogativa sul piano giuridico e politico deriva dall'attribuzione alla magistratura del *regimen morum* e della *lectio senatus*. Anche se, come rileva l'Autore, l'ambito di tale attività di sorveglianza non è facilmente afferrabile, si tratta del riferimento tutt'altro che improvvisato a modelli comportamentali ben presenti nel sentire collettivo e rapportabile al concetto di *turpitudine*. Livio riporta l'episodio relativo a Mamercino, che nel 434 a. C. fece approvare la citata *lex Aemilia* suscitando la pesante ritorsione dei censori i quali, ritenendo lesa la dignità della loro carica, lo radiarono dalla tribù e lo inserirono tra gli *aerarii* imponendogli un onere fiscale otto volte più alto. Di qui la successiva controreazione popolare in difesa del dittatore, il quale si adoperò per sedarla e si dimise con ammirevole spirito di servizio. In seguito, nel 403 a. C., stando a Valerio Massimo (2.9.1), i censori avrebbero inserito tra gli *aerarii* tutti gli anziani che non avevano contratto matrimonio. Tuttavia, è solo il plebiscito Ovinio (318-312 a.C.) a fissare un rapporto certo tra *census* e sorveglianza dei costumi, con l'assegnazione ai censori del compito di integrare il senato scegliendo i migliori di ogni ordine in base alla valutazione delle loro qualità morali. La nota censoria, con le tipiche conseguenze del *tribumovere* e dell'*aerarium facere*, produceva perdita di dignità e rango sociale, con espulsione dall'ordine senatorio o equestre, ma dalle sanzioni non erano esenti neppure i plebei. La norma della metà del I secolo a. C. restituita dalla *Tabula*

Heracleensis, scoperta in Lucania nel 1732 (FIRA, I.13), attua un significativo decentramento delle procedure censuali incaricando le autorità di municipi, colonie e prefetture di *cives* in territorio italico di raccogliere entro due mesi dall'inizio del *census* in Roma le *professiones* dei cittadini romani residenti in quei luoghi. Esse andranno inserite nei registri della municipalità per essere consegnate a Roma almeno due mesi prima della fine del *census* che ivi si svolge per inserirle negli elenchi generali. Quanto al problema relativo alla titolarità o meno dell'*imperium* in capo ai censori, la dottrina è concorde nell'esprimere risposta negativa, l'isolato tentativo in senso contrario di Filippo Cancelli fondato su un passo di Varrone (*ling. lat.* 6.86) ove figura il verbo *impero* riferito ai censori per la convocazione della cittadinanza, non appare convincente. In primo luogo – rileva l'Autore – l'ordine è rivolto a un ausiliario, non alla moltitudine; ma poi, soprattutto, altro è riunire l'esercito urbano, altro *imperare quoeat*, la vera prerogativa connessa all'*imperium*, che spetta solo ai consoli e al dittatore (167 [non anche al pretore?]). Fonte di dubbi sono pure i rapporti tra *census* e sfera sacrale. Viene in rilievo il *lustrum* che conclude le operazioni, allorché davanti all'intero corpo cittadino censito si procede al sacrificio di un maiale, un toro e un ariete. Nonostante alcuni richiami in tale direzione nelle fonti annalistiche, esso non sembra avere rivestito funzioni catartiche: si trattava di un cerimoniale propiziatorio volto ad accrescere potenza e prosperità, non di un rito di espiazione, mancando tra l'altro il presupposto di uno *scelus*. Probabilmente ora sto sovrapponendo un'impressione mia al *ductus* espositivo dell'Autore, ma con l'avvento del principato, e ancor più con il progredire della vicenda imperiale, la storia del *census* sembra quasi stemperarsi come soverchiata dalle radicali trasformazioni dell'ordine politico e giuridico, degli assetti economico-produttivi, dei mutamenti dell'organizzazione militare a cui si collegano quelli del sistema impositivo tributario. Ciò, occorre precisarlo, non perché il momento di rilevazione dello stato sociale esca di scena – per taluni aspetti è vero semmai il contrario –, ma perché, nell'ovvia cornice dello stato delle fonti, proprio il decentramento e la parcellizzazione che nel tempo diviene la regola, allontanandola pure dal contatto stabile con la magistratura creata *ad hoc* dei censori, contribuiscono a renderne meno afferrabili i contorni. Credo che anche per questo motivo, nel saggio di cui parliamo, la trattazione relativa sia condensata in un ultimo breve capitolo (VI. «Il censimento in epoca imperiale», 175-217), ove tuttavia l'Autore non rinuncia a delineare in modo conciso, ma con buona mano, i vari aspetti di quella 'rivoluzione' a cui si è accennato. Nelle *Res Gestae* Augusto afferma di aver compiuto tre *lectiones senatus* e tre censimenti (nel 28 e nell'8 a. C., nonché nel 14 d. C.), ma i dati derivanti da Cassio Dione sono difformi, in quanto si parla di due censimenti e le date coin-

cidono solo quanto al primo (28 a.C.). Tornando alle *Res Gestae*, Augusto ricollega la rilevazione iniziale alla *potestas censoria* da lui assunta in modo avulso dalla carica, la seconda e la terza all'*imperium consulare*. Si assisterebbe in tal caso a un ritorno della funzione censuale in capo ai consoli sulla base di un percorso storico inverso a quello del 443 a. C. Anche in tal caso la dottrina è divisa sulle radici della *cura legum et morum*, che già sul finire della repubblica era stata assunta da Cesare fattosi eleggere *praefectus moribus*, funzione che finì per sovrapporsi alla censura in una forma invero poco districabile. Secondo il Vangelo di Luca, 2.1-5, nell'anno della nascita del Cristo, Augusto avrebbe ordinato un censimento della *pása oikoyméne*, ossia universale, in base al quale ognuno doveva presentarsi nel proprio luogo di origine. Appartenendo alla stirpe di Davide, Giuseppe si recò da Nazaret, in Galilea, a Betlemme, in Giudea, insieme con la sposa Maria allora in stato di gravidanza. Poiché nessuno dei due era cittadino romano, troverebbe conferma il dato di un censimento rivolto a tutte le genti. Tuttavia, numerosi elementi di rilievo – per esempio, la Giudea era un regno satellite, il che esclude che un censimento disposto da Roma potesse coinvolgerla – inducono a dubitare della testimonianza di Luca, che appare del tutto isolata nell'apparato testuale comprensivo delle fonti neotestamentarie, salvo derubricare il *census* universale augusteo dell'«anno zero» in un più modesto censimento locale voluto da Erode. Anche dopo Augusto l'ecumenismo – l'*Urbs* che conquista l'*orbis*, il culto di Eracle, il mito di Alessandro Magno – resta il fulcro dell'ideologia imperiale, in particolare con Nerone, la dinastia Flavia e i Severi. A fronte di un dominio territoriale pressoché sconfinato la consapevolezza della dimensione umana che vive in quelle terre e sulla quale si può contare come risorsa primaria non può prescindere dallo strumento censitario. Sintomatica la vicenda delle province galliche sottoposte a tre censimenti ordinati da Augusto, il primo, nel 27 a. C., diretto dallo stesso principe, e collegati al prelievo fiscale e alla leva militare. Ora la procedura avviene di regola in forma decentrata, come si ricava pure dalla documentazione papirologica relativa alla provincia di Egitto, e si ha notizia di magistrati eletti presso i municipi e le colonie con cadenza quinquennale in vista di questa precisa funzione. La rilevazione, asseverata dal giuramento del censito, avviene in modo dettagliato sia quanto al soggetto stesso sia circa i suoi possedimenti, come dimostra una professione censuale in greco della prima metà del II secolo d. C., appartenente all'Archivio di Babatha e riportata per esteso dall'Autore (208-214). Con Diocleziano si fa sempre più stretto il rapporto tra il *census* e la determinazione della base imponibile per il prelievo fiscale nel quadro del nuovo sistema della *iugatio-capitatio* che fonde le precedenti imposte fondiari e personali. Il territorio coltivabile è frazionato in *iuga*, unità fiscali di uguale

valore ma di superficie diversa, in base al reddito atteso da ciascun lotto; gli uomini che vi lavorano sono invece censiti in *capita*, ma l'onere fiscale gravante sull'unità complessiva non è fisso e muta in rapporto ai bisogni fiscali contingenti, per cui il gettito preventivamente stimato eccede sovente il potenziale produttivo. Così, nell'animosa invettiva di Lattanzio (*De mort. pers.* 23.1-5) dove peraltro appare arduo individuare il confine tra l'enfasi e il vero, il *census* si trasforma in una *publica calamitas* e in un *communis luctus omnium*. In questo mio riassunto ho cercato soprattutto di segnalare, in certa guisa con tecnica 'puntinista', pressoché ognuno degli argomenti di cui si occupa la monografia di Giovanbattista Greco: ora, anche se lo ritengo intuitivo, tengo tuttavia a precisare che il libro è tanto altro. Nelle «Riflessioni conclusive» figura una considerazione che si pone come coerente suggello all'intera ricerca (221): «Già nella sua pratica più remota, il *census* si impone all'attenzione come meccanismo di registrazione della complessità socio-economica che contraddistingue la città-dinanza». Proprio sotto questo profilo la storia del *census* costituisce un occhiale forse privo di evidenza, quasi da scoprire, ma nitidamente rappresentativo dell'evoluzione storico-giuridica di Roma, e in tal senso raccontando la prima si orienta per ciò stesso uno specchio fedele anche in direzione dell'altra. Alla sensibilità storiografica dell'Autore va dato atto di aver colto con precisione tale valenza e di averla resa una costante chiave di volta destinata a segnare l'intero percorso di ricerca: ciò, lungi da riflessi riduttivi nei confronti dei vari altri, si pone a mio avviso come il suo merito maggiore.

Le 'Istituzioni' a Madrid. In un *Sul Tavolo* di tre anni fa (TI, 2.2 [2021] 197-201), presentando il manuale «a dodici mani femminili» delle Colleghe e amiche Patrizia Giunti, Francesca Lamberti, Paola Lambrini, Lauretta Maganzani, Carla Masi Doria, Isabella Piro, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Torino 2021, al netto di una divagazione semiseria circa la diffusa moda delle immagini in copertina, mi ero un po' soffermato sul numero quanto mai vario degli autori e soprattutto sulla diversa mole di questo genere di testi ove, specie negli ultimi decenni, il ventaglio delle opzioni si presenta ampio e altalenante tra i due estremi opposti costituiti da agili volumetti e da tomi ponderosi anche assai oltre una risma. Le ragioni sono ovviamente molteplici, ma certamente ha influito in misura non lieve la riforma universitaria che ha introdotto i corsi di laurea triennali e il sistema dei crediti formativi universitari (ECTS, CFU), con inevitabile compressione dello spazio riservato alle discipline storico-giuridiche. Ciò ha per esempio determinato da parte di alcuni Maestri della romanistica l'affiancamento agli originari manuali, corposi, talora dotati di apparato critico, ma soprattutto

attenti anche ai profili problematici e come tali destinati a rimanere dei classici, di *editiones minores* più in linea – quanto ovviamente a mole, non a rigore – con la nuova temperie didattica. Tuttavia, anche nell’attuale consolidato regime di quest’ultima, da un lato non è affatto rara la comparsa di manuali di notevole ampiezza, in secondo luogo i testi didattici di diritto privato romano, si intitolino ‘Istituzioni’ o in qualunque altro modo, non hanno quasi mai rinunciato alla completezza con riferimento alle tradizionali branche privatistiche fissate dalle *Institutiones* di Gaio e Giustiniano: prescindendo dalla trattazione del negozio giuridico, che infatti nei due archetipi non c’è – ma che invece spesso nei testi moderni, con opzione più o meno sofferta, ancora si trova –, è raro (al momento mi sovengono solo due casi) riscontrare il ‘sacrificio’ di questo o quel settore privatistico, in ossequio a una tradizione secolare che, pur nella difformità delle persuasioni metodologiche e alle prese con condizionamenti di altra natura, rispetta almeno in tal senso un canone tutto sommato unitario. Indulgendo a un’estemporanea associazione di idee, ricordo che il mio Maestro era solito affermare che le ‘Istituzioni’ sono dogmatiche, e per questo, sfidando il convinto dissenso (ma in genere non epistemologico) dei colleghi, non vi assegnava tesi di laurea. Venendo a noi, quanto fin qui detto si riferisce alla dottrina romanistica italiana, che ovviamente è quella con cui ho maggiore familiarità; ora, allungando lo sguardo in prospettiva europea, oggetto di presentazione è il recente manuale spagnolo di Federico Fernández de Buján e Ana Mohino Manrique, *Derecho privado romano y su proyección en el Código Civil*, Madrid 2024, 1-228. Come ho premesso varie altre volte – ma tengo a ripeterlo – in questa sede non è possibile dare conto in modo adeguato di un libro della nostra disciplina, e ciò diventa ancora più evidente trattandosi di un manuale di ‘Istituzioni’ (mi permetto per brevità di chiamarlo così), onde mi limiterò a focalizzare quelli che a mio avviso sono gli aspetti caratterizzanti dell’opera, anche in rapporto al particolare angolo visuale implicato dalla circostanza. Un aspetto del libro che si coglie già a un primo sguardo – oltre alla non comune eleganza editoriale, di cui tuttavia trovo giusto dare atto – è quello della brevità; se poi si compie una rapida verifica, escludendo le pagine del titolo, delle dediche e dell’indice generale posto all’inizio, ci si attesta su un numero di poco superiore a 200. È vero che non necessita di quel capitolo introduttivo proprio di tutti i testi istituzionali dedicato, tra gli altri argomenti, alle periodizzazioni storiche, alle partizioni del diritto, alle fonti, eccetera, oggetto – credo – di un corso propedeutico sia pure di respiro più generale (*Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración*), per cui può subito entrare in *medias res* – infatti incomincia con l’esame del processo civile –, nondimeno la segnalata peculiarità rimane intatta: non c’è infatti confronto anche con le

più ridotte dimensioni dei testi ai quali si accennava sopra, e tanto meno con le edizioni minori dei Maestri italiani. Ma, sempre con riferimento a una considerazione precedente, ciò acquista un particolare rilievo proprio con riferimento al contenuto del manuale, che comprende tutti i settori del diritto privato romano e intende quindi presentare l'intera tradizionale panoramica della materia. Una spiegazione può rinvenirsi nel «Prólogo» (17-23), scritto da Federico Fernández de Buján, cattedratico di diritto romano alla UNED di Madrid e principale autore del manuale – dei 18 capitoli 14 sono a sua firma, 4 sono dovuti all'allieva Ana Mohino Manrique, affermata studiosa e Preside della Facoltà giuridica, menzionata con stima e affetto nella citata premessa –, ove figura una veemente critica al carico di lavoro per lo studente su base oraria introdotto dalla normativa spagnola degli ultimi decenni: destino dunque comune, ancorché – almeno così mi sembra di capire – gli insegnamenti romanistici in Italia, pur sottoposti a una lenta ma progressiva erosione, ne escano forse (e per ora) un po' meno penalizzati. Tuttavia, anche se lo spazio riservato ai diversi settori giusprivatistici varia in modo sensibile – il che d'altronde nei manuali si riscontra di frequente –, non si può non riconoscere che la sistemazione di un contenuto virtualmente sconfinato in un contenitore dalle esigue dimensioni descritte appare frutto di una organizzazione e di un dosaggio ammirevoli, sicuro indice, tra l'altro, di una lunga e consolidata esperienza didattica. Una seconda specifica, e direi peculiare, caratteristica è la costante presenza all'inizio dei singoli paragrafi relativi agli istituti e alle figure giuridiche del primo significato, quello comune, del termine che li designa tratto dal Dizionario della Lingua Spagnola della Reale Accademia di Spagna (DRAE), al quale fa seguito l'accezione giuridica (a meno che questa non sia l'unica, come per esempio nel caso del 'comodato' [117]), il che permette un confronto tra il linguaggio comune e quello giuridico certamente utile alla formazione del discente, anche perché non si tratta di *incipit* 'meccanici' in quanto la voce lessicografica è oggetto di valutazione ed eventualmente di critica (per esempio nel confronto tra 'prenda' [pegno] e 'hipoteca' [79,83], o quanto al significato di 'pacto' [150]), né, sebbene rara, manca la segnalazione di eventuali lacune del Dizionario, come nel caso dell'accezione giuridica di 'superficie' (76): peraltro, come si tiene a precisare nel «Prólogo», queste puntualizzazioni sono proposte dagli Autori con rispettosa cautela, spirito costruttivo, e nella più alta considerazione per l'opera della Reale Accademia a favore della lingua spagnola, la seconda più parlata nel mondo (18). Un carattere 'forte' dell'opera, reso palese dallo stesso suo titolo, è il costante rapporto, stretto e continuistico, che ivi si instaura con il diritto vigente, e in particolare con il Código Civil spagnolo, pubblicato nel 1889 tra gli ultimi Codici dell'Europa continentale e visto come partecipe in certa guisa

della stessa classicità del diritto romano: un Codice al quale, per la sua autorevolezza sul piano storico e giurisprudenziale nonché per il prestigio sociale che lo accompagna, può accreditarsi un rilievo non distante da quello di una fonte di rango costituzionale (21). Ciò – almeno a chi scrive – in chiave di formazione giuridica suggerisce l’idea di un collegamento ancora saldo con il corso di Diritto privato, in certo modo in vista di una compartecipata offerta al discente agli esordi di uno strumentario di base per affrontare la preparazione tecnico-concettuale che lo attende nel prosieguo degli studi. L’impostazione in oggetto trova la più diretta testimonianza nella presentazione di brani tratti dai testi giuridici romani (quasi sempre il Digesto) o di definizioni costruite sulla base di questi affiancati ai corrispondenti articoli del Código Civil; il che tuttavia non è inserito nel contesto espositivo, ma figura delimitato entro riquadri separati che si distinguono pure per i caratteri in neretto, ponendosi pertanto anche come possibile oggetto di una lettura autonoma. In tal senso, poiché le citate corrispondenze figurano nei – più ampi – capitoli sul possesso, i diritti reali, le obbligazioni e i contratti, ma non negli altri, il manuale mostra anche una tendenza a traguardare già *in limine* e sia pure ancora da lontano, la dimensione forense (21 in fine). Onde evitare fraintendimenti, occorre peraltro precisare che la citata connotazione non implica un discorso cronologicamente appiattito quasi di stampo pandettistico: il profilo storico è una presenza costante e, anzi, non si trascura neppure, all’occorrenza, di precisare che una determinata categoria concettuale non deriva dal pensiero dei giuristi romani ma da quello degli interpreti medievali (54). E – si può aggiungere – compaiono pure menzioni, non cursorie ma critiche, di autorevoli vedute dottrinali, come quelle del Savigny e del Jhering in materia di *animus possessionis* (39 [A.M.M.]). Come già accennato, la trattazione è divisa in 18 capitoli: il primo sul processo, dal 2 al 6 sulle cose, il possesso e i diritti reali, dal 7 al 13 sulle obbligazioni, il 14 e il 15 sulla famiglia, dal 16 al 18 sul diritto ereditario e le donazioni. Tra le numerose suggestioni suscitate dalla lettura del libro, segnalo un aspetto che mi sembra di particolare originalità espositiva, almeno se rapportato alla generalità della manualistica italiana, relativo alla trattazione delle obbligazioni, alla quale è riservata quasi la metà del manuale (89-183). Dopo due Capitoli (7, 8 [F.F.d.B.]) dedicati alle obbligazioni in generale e ai delitti, il Capitolo 9 (A.M.M.) reca il titolo «Obligaciones verbales y literales. Préstamos», e si occupa della *sponsio* e della *stipulatio* (§ 1), delle singrafi, dei chirografi e dei *nomina transscripticia* (§ 2), del mutuo (§ 3), del comodato (§ 4), del *foenus nauticum* («préstamo marítimo», § 5), nonché del pegno come rapporto obbligatorio (§ 6). Il Capitolo successivo, 10 (F.F.d.B.) porta il titolo «El contrato», con le generalità, le classificazioni e la responsabilità contrattuale, al quale fanno se-

guito i capitoli (F.F.d.B.) sulla compravendita (11), oggetto di un ampio esame, sulla locazione-conduzione e la società (12), sul mandato, il deposito, la *fiducia* e i quasi contratti (13), tutti pure considerati in modo dettagliato. A parte lo spostamento del deposito per affinità con la *fiducia*, si riscontra pertanto un'impostazione che, come nelle Istituzioni di Gaio incardina i caratteri della verbalità, della letteralità e della realtà non sul contratto, del quale l'istituzionista non si occupa, ma sull'*obligatio*, focalizzando il momento in cui la medesima sorge, e infatti l'Autore sottolinea tale dato, scrivendo che qualunque classificazione deve prendere le mosse da quella formulata nel manuale di Gaio, e aggiunge che, a prescindere dall'espressione adottata, il giurista non sta riferendosi a un elenco di categorie contrattuali, ma piuttosto enunciando una serie di cause generatrici dell'obbligazione (126). Tanto più – rilevo io – se si considera esaustiva la dicotomia di fonti contratto-delitto di cui a Gai. 3.88: *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (l'Autore è di diverso avviso [90]), e si ritiene che con il termine *contractus* il Gaio delle *Institutiones* – nelle *Res cottidianae* poi l'impostazione cambierà – si riferisca, grazie a un'accezione più ampia del vocabolo, a tutte le fonti di obbligazioni legate a un atto lecito, che non è, insomma, un delitto, come per esempio la *solutio indebiti*, la *negotiorum gestio*, il *legatum per damnationem*, eccetera. Tuttavia, egli conclude, per la dottrina moderna se l'obbligazione sorge *re* il contratto è reale, se sorge *verbis* è verbale, se sorge *litteris* è letterale, se sorge *consensu* si parla di contratti consensuali. Pertanto, pur non prescindendo da tale impostazione (117: [il mutuo] «Es un contrato real»; 118 [il comodato] «Es un contrato real»; 120: «La prenda ... es un contrato real»; sul deposito 176), almeno sul piano didattico-sistematico si avverte una preferenza a incardinare sul contratto, valorizzandone l'elemento della *conventio*, la trattazione di quelli che si definiscono contratti consensuali ove le obbligazioni nascono sulla base del mero accordo, un poco sulla falsariga della celebre impostazione sistematica di Labeone (in D. 50.16.19 [Ulp. 11 *ad ed.*], testo riprodotto a p. 125), che peraltro, come è altrettanto noto, ascrive al *contractum* la compravendita, la locazione-conduzione e la società, ma non il mandato non essendo ivi presente il *synállagma*. Sotto il profilo dell'efficacia didattica, il *Derecho Privado Romano* è un testo che – fa piacere rilevarlo – si segnala per la perspicuità concettuale e la chiarezza del dettato: si tratta di un fine che Federico Fernández de Buján dichiara di perseguire sopra ogni altro, come «“imperativo” irrenunciabile» di chiunque si dedica alla trasmissione del sapere (17), e gli va dato atto di averlo pienamente conseguito. Aggiungo, per concludere, che quanto allo spirito che denotano, appaiono degni di riflessione per tutti coloro che hanno scelto di insegnare i consigli che – ponendosi a distanza siderale da cattedre accademi-

che reali o metaforiche – l'Autore nel «Prólogo» (19-20) fornisce allo studente con paziente e premurosa sollecitudine, basati su diverse tipologie di letture successive del testo quanto a estensione e profondità, al fine di raggiungere il più proficuo risultato di comprensione e assimilazione critica dei suoi contenuti, dimostrando in tal senso una genuina e profonda passione per quella che, pur non ricorrendo nello scritto a tale termine, con tutta evidenza considera una missione.

Il ritorno del 'terribile diritto'. Nel rito della *legis actio sacramento in rem*, la più antica forma processuale di rivendica, attore e convenuto, pronunciata la formula originaria dell'appartenenza della cosa (*rem meam esse aio*), impongo sulla stessa la *festuca*, una bacchetta, dice Gaio (4.16), che teneva il luogo simbolico dell'asta di guerra come segno di giusto dominio, perché i Quiriti del tempo ritenevano soprattutto essere loro le cose che avevano tolto ai nemici (*quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*). La preda bellica, dunque, come immagine imperiosa e antonomastica della proprietà, che nasce dall'imporsi della forza maggiore di uomini su altri uomini, legittimando per ciò stesso il mutamento di signoria sui beni dei vinti e sulle loro stesse persone, le quali diventano anch'esse giuridicamente delle *res* oggetto di proprietà a vantaggio dei vincitori. Un'era dopo, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789 – preambolo della Costituzione del 3-14 settembre 1791 – all'art. 17 recita così: «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité». La proprietà, dunque, come diritto inviolabile e sacro, in quanto espressione della libertà e pertanto diritto fondamentale dell'uomo, su cui insieme con la libertà stessa, la sicurezza e la resistenza all'oppressione, si regge il nuovo ordine sociale della Francia repubblicana (art. 2). Prendendo le mosse dal testo citato e da quello della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* che apre la Costituzione del 24 giugno 1793 (art. 19), il *Code Civil* del 1804 all'art. 545 dichiara che «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité». Nella diversa formula adottata dal Codice napoleonico per esprimere il principio dell'immunità ablativa sancito dalle Dichiarazioni rivoluzionarie, Carlo Augusto Cannata (*Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, Torino 2005, 14-17) individua l'origine del modello consensualistico (contratto con effetti reali) vigente in Francia e in Italia: se nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà, non può sussistere neppure un'obbligazione di tale natura, che infatti si identifica in una costrizione, pertanto nel momento in cui tra

venditore e compratore si raggiunge l'accordo contrattuale, la proprietà sull'oggetto passa dal primo al secondo e non c'è mai un'intercapedine di tempo, breve o lunga che sia, in cui il venditore si trova obbligato a trasmettere ad altri la proprietà di ciò che è suo. Se si accetta tale tesi – in ogni caso, come sempre, acutissima – si tocca qui uno dei vertici estremi dell'ipostatizzazione dominicale. D'accordo, ma almeno *prima facie* verrebbe fatto di pensare a un'immagine definitivamente superata dalla Storia, tanto più se si rivolge la mente alla funzione sociale connessa alla proprietà dalla Costituzione della Repubblica Italiana (art. 42²), che non solo non la dichiara inviolabile, ma neppure, a parte la distinzione tra proprietà pubblica e privata, le accosta attributi di alcun genere e *a maiori* dall'icastica carica valoriale, tanto che collocata nel titolo dei 'Rapporti economici', appare perfino attenuarsi la sua natura di diritto soggettivo. Ma non è così, o almeno non lo è del tutto: il 'terribile diritto' di Cesare Beccaria – espressione che assai più di recente condenserà la critica allo schema antropologico dell'individualismo proprietario nel titolo di un saggio di Stefano Rodotà (1981) – nelle pur diverse vesti del neoproprietarismo, può dirsi di nuovo presente e ancora unito nel binomio con la libertà nell'attuale scenario europeo, come con lucida analisi, consolidata esperienza di ricerca nel settore e ampia conoscenza dottrinale giuridica e metagiuridica, spiega Laura Solidoro nel suo ultimo saggio, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazioni di un percorso*, Torino 2023, X-152, dove la proprietà, diritto «stabile» per eccellenza ma non «statico», è focalizzata in un arco plurimillenario, tra fattualità connessa alle mutabili condizioni dei tempi, ideali appassionati, sofferti e talora utopici, fraintendimenti storico-giuridici, nonché, alla fine, insuperabili limiti classificatori legati alla connaturale refrattarietà agli stessi di una figura-simbolo dell'umano vivere sociale. Perché, come due secoli e mezzo or sono scriveva William Blackstone, «There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property» (3). «L'Europa – scrive l'Autrice (147) – sembra guidarci verso una concezione della proprietà 'tradizionale', tale da oscurare in qualche misura la funzione sociale attribuita alla proprietà nel pensiero cattolico e politico del primo Novecento». Così, sebbene il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea non sia intervenuto sulla disciplina della proprietà rimettendosi alle scelte dei singoli Stati membri, rispetto a questi la Corte EDU accorda alla proprietà una tutela assai più energica e al contempo estende il concetto di bene tutelato riconnettendovi un ampio ventaglio di potenzialità patrimoniali riconducibili al medesimo, come i diritti di sfruttamento di una concessione amministrativa, quelli derivanti da sentenze, dalle successioni a causa di morte, gli avviamenti degli studi professionali, i crediti da lavoro nei confronti delle società, le azioni

societarie. Si assiste pertanto a una «dimensione plurale» della proprietà ove il concetto di ‘bene’ inteso come polo catalizzatore di interessi tutelati, che ha sostituito quello di ‘cosa’ come oggetto materiale, ha sensibilmente rimodellato sulla base del proprio il volto delle *new properties*. Si pone poi a suo sostegno una concezione di stampo meritocratico, che valuta la nuova figura proprietaria come legittimo corrispettivo dell’intensità dell’impegno, della sagacia produttiva, della coraggiosa iniziativa economica individuale, giustificando per ciò stesso anche le più ingenti dimensioni patrimoniali, che vanno considerate di per se stesse prescindendo da termini di paragone. I caratteri della dominicalità che di nuovo connotano la proprietà privata trovano conferma nella *Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea* (c.d. *Carta di Nizza*) del 2000, che sembra riallacciarsi alle istanze liberali e individualiste dell’Ottocento, in quanto l’articolo sulla proprietà è collocato nel Capo della Libertà evocando la ricostituzione del binomio teorizzato da John Locke che nel XVII secolo definiva la proprietà come un diritto che l’uomo porta nella sua stessa persona; e nel *Draft of Common Frame of Reference* (Progetto di uniformazione del diritto europeo dei contratti) del 2009 e relativo commento, che qualifica la proprietà un diritto assoluto ed esclusivo delineandone la discendenza in tal senso dal diritto romano, ove trova la più evidente espressione nell’immagine ‘autocratica’ del *pater familias*. Com’era prevedibile, questa nuova figura è stata oggetto di critiche severe: in Francia, per esempio, da parte dell’economista Thomas Piketty (*Il capitale nel XXI secolo* [2013], trad. it. Milano 2014), strenuo avversario del proprietarismo meritocratico, il quale propugna un ‘socialismo partecipativo e federale’ abbastanza simile al socialismo di Giuseppe Mazzini (ma meno equilibrato), in cui la proprietà rimane presente in quanto «prezioso fattore identitario», ma viene di fatto svuotata dei suoi contenuti qualificanti e resa una sorta di usufrutto vitalizio non trasferibile *mortis causa*. Per la concezione del sistema di *Civil Law* (diritto di proprietà come sintesi, non somma, di facoltà) ciò equivarrebbe alla sua abolizione. Mentre in Italia il civilista Cesare Salvi (*L’invenzione della proprietà. La destinazione universale dei beni e i suoi nemici*, Venezia 2021) di fronte al binomio proprietà-libertà, ovvero – a suo avviso – alla proprietà individualista come «l’altra faccia della libertà dei moderni», domanda provocatoriamente quale sia, allora, la libertà dei non proprietari, e aderisce al «principio della subordinazione della proprietà privata alla destinazione universale dei beni» invocato, per tacere di altre, nelle pagine appassionate e vibranti dell’Enciclica *Laudato si’* (2015) di Papa Francesco. Sta peraltro di fatto che, a giudizio dell’Autrice (53-57;148-149), nel momento in cui si prendono le distanze dalle teorie innatiste (l’appartenenza come concetto innato che si giuridicizza nel diritto di proprietà) il risultato pressoché inevita-

bile è quello di approdare a programmi consegnati più o meno marcatamente all'utopia. Occorre però aggiungere che, quando dalle valutazioni generali per loro natura uniformanti si passa a un'analisi più puntuale, il neoproprietario di cui si è parlato, pur mostrando aspetti critici innegabili, non si rivela un torrione di granito 'ontologicamente' refrattario a temperamenti di varia intensità. Il Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU (art. 1) pur in chiave garantista del diritto di proprietà, tiene a precisare la non-interferenza sul diritto degli Stati di adottare le misure normative ritenute necessarie al fine di indirizzare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale, richiamando in tal modo l'esigenza di contemperamento tra gli interessi dell'individuo e quelli della collettività. Per esempio, la Corte di Lussemburgo in una pronuncia del 1991 ha sottolineato che i diritti fondamentali, e la proprietà *in primis*, «non sono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; ponendosi in linea con il Protocollo Addizionale, la Carta di Nizza indica nel bilanciamento degli interessi la chiave risolutiva dei conflitti tra i diritti fondamentali del singolo e la tutela degli interessi generali. In Italia, la Corte Costituzionale attraverso le sue pronunce ha perseguito con costanza la finalità di realizzazione dello Stato sociale di cui all'art 42 della Carta. Né ogni effetto della nuova temperie proprietaria può dirsi negativo proprio su un piano di equità: ancora in Italia, nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e proprietà privata può ora dirsi desueta la 'prescrizione acquisitiva' e parimenti si è posto fine al sistema degli indennizzi poco più che formali che connotava in precedenza l'espropriazione per pubblica utilità. Quanto finora esposto – ma, tengo a precisare, con ampie inevitabili omissioni –, è l'argomento del Capitolo I del libro, che si intitola «Il decoro della proprietà» (1-76), e che si chiude con una domanda relativa al diritto romano: premesso che l'attuale temperie giuridica europea si connota per un palese ritorno ai caratteri della dominicalità nei termini sopra delineati, è lecito affermare che il 'modello romano' che figura nel *Draft of Common Frame of Reference*, traguardando gli interessi individuali, ponga in non cale quelli collettivi? E la risposta, alla quale si giunge nel Capitolo II, «Uno sguardo alla Storia: la proprietà obbliga» (77-145) è fondamentalmente negativa. La concezione autoreferenziale, egoistica ed esclusivista del diritto di proprietà, impersonata – per citare un'iperbole letteraria – dal Mazzarò verghiano («Roba mia, vientene con me!»), è in realtà un parto del pensiero giuridico di poco anteriore al *Code Civil* napoleonico, il quale, ponendosi come antesignano delle idee rivoluzionarie avverse al sistema feudale e interprete dell'ideale borghese teso a un dominio privato immune da vincoli, trovò una non difficile genealogia nell'esperienza giuridica romana isolando nella stessa fasi cronologicamente circoscritte e tutt'altro che rappresentative della medesi-

ma nel suo complesso. In seguito all'entrata in vigore del Codice francese la dottrina tedesca e in particolare la Pandettistica hanno elaborato il concetto della proprietà come diritto complesso, il quale come si è accennato è costituito da una sintesi, non una somma, di facoltà, pertanto, trattandosi di una *reductio ad unum* di queste, non è in tal senso frazionabile. Ciò comporta anche il rischio, che fu additato in chiave critica da Otto von Gierke, di connotare con il segno dell'eccezionalità le limitazioni che si intende apportarvi. Tuttavia, questa concezione della proprietà venne fatta propria dal BGB e in genere dei codici europei, dando corpo all'idea di un modello romano che si caratterizza per illimitatezza e intangibilità pressoché assolute. I documenti normativi europei si inseriscono lungo questa direttrice prorogandone formalmente l'immagine, anche se nel concreto «la 'dominicalità' assume connotati ben più eteri di quanto potrebbe a prima vista pensarsi» (80). D'altronde anche nel diritto romano una concezione della proprietà totalmente assoluta e immune da vincoli non è pressoché mai riscontrabile (è noto che espressioni come *usque ad coelum et usque ad inferos*, e *ius utendi et abutendi* sono di conio assai più tardo): si può in tal senso indicare (con qualche approssimazione) solo quella fase dell'epoca arcaica che vide l'origine della proprietà individuale, in cui nell'assegnazione di lotti di terreno ai privati da parte degli antichi re, in particolare Numa e Tullo Ostilio, il racconto tradizionale sembra riconoscere una sorta di cessione di sovranità piuttosto che una concessione – di qui anche una coloritura 'sovrana' dei poteri del *pater* su cose e persone –; alla quale si può aggiungere, almeno come immagine, l'età giustiniana per la nota riforma imperniata sul ritorno all'unico diritto di proprietà del *ius civile*, dal momento che il *dominium ex iure Quiritium* (ora chiamato solo *dominium*) costituiva un modello in cui teoricamente si potevano convogliare tutte le forme di appartenenza condensandole in una di carattere integrale; il che tuttavia, come rileva l'Autrice, appare un'ideale restaurazione che tende a esaurirsi in «una figura ... astrattamente disegnata come una signoria unitaria ed esclusiva di proprietà» (130). Anche perché – mi sento di aggiungere – l'*in bonis habere*, o comunque un suo preciso corrispondente che si può chiamare come si vuole, non risulta affatto scomparso. Colui che in buona fede e in base a una giusta causa riceve *a non domino* una *res* mediante *traditio* – *mancipatio* e *in iure cessio* sono lontani ricordi e l'antica distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* è cancellata da Giustiniano (C. 7.31.1.5, del 531: *merito antiquari oportet*) – ha ancora l'*actio Publiciana* (D. 6.2.1 pr. [Ulp. 16 *ad ed.*]) per recuperare il possesso perduto ai fini dell'*usucapio* nei confronti di tutti i consociati meno uno, ossia l'effettivo proprietario. Ora, se costui lo si chiamasse *dominus*, unico nome che in base al perentorio dettato della legge designa il titolare del diritto di proprietà (C. 7.25.1 [a. 530-531]),

sulla medesima cosa di *domini* ce ne sarebbero due, il che non è ammissibile; e poi, nel caso, per riottenere il possesso egli dovrebbe avere la *rei vindicatio*, non l'*actio* introdotta nel 67 a. C. dal pretore Publicio. È invece sintomatico che il Digesto tenga ben distinte l'azione di rivendica (titolo 6.1) e l'*actio Publiciana* (titolo 6.2) proprio – guarda caso – sulla falsariga dell'editto pretorio. Ragioni di spazio non consentono di riassumere in forma adeguata il denso e informato *excursus* sulle limitazioni della proprietà (rapporti di vicinato, tutela della collettività anche in rapporto alla *salubritas publica* e all'ablazione della proprietà, salvaguardia del decoro urbano, norme sulle altezze e le distanze, interessi del fisco) riscontrabili nel corso dell'esperienza giuridica romana e alle quali è dedicato in buona misura il secondo capitolo. In questa presentazione del libro di Laura Solidoro, tipica opera della piena maturità nell'ambito di una vita di studi, dedicati anche, nel nostro caso, alla tradizione romanistica (mi limito qui a citare il saggio, di poco precedente, scritto dall'Autrice con Maria Miceli, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino 2021, ma il discorso sarebbe assai più lungo), ho preferito concentrare maggiormente l'attenzione su temi che – in genere e almeno a mio credere – al giusromanista sono meno familiari, per cui a questo punto non mi rimane che concludere con l'invito a leggere il libro. A me è piaciuto molto, e ho avuto modo di apprendere altrettanto.

Un tema antico, le servitù prediali. Nelle attuali tendenze della letteratura romanistica sembra di intravedere uno spostamento di interesse – del resto da taluno auspicato – dal settore privatistico a quello pubblicistico, magari considerato sotto particolari profili, come per esempio testimonia il *Sul Tavolo* di questa rubrica relativo a un saggio in materia di censimento. Aggiungerei al predetto ambito la produzione, tuttora copiosa e ininterrotta, sulla cittadinanza, anch'essa focalizzata da diversi e pregnanti angoli visuali. Prescindendo dalla manualistica (benché qui pure non manchino novità), il diritto privato, sia pure da intendersi come punto di riferimento per i più articolati contesti non di rado presenti, ha vissuto una recente epopea nell'analoga esplosione della problematica sui beni comuni. In ogni caso quest'ultimo filone euristico sembra ora in lieve flessione, per cui le tematiche privatistiche entrano in genere in considerazione nella cornice degli studi dedicati a un giurista, a un'opera giurisprudenziale, o alla legislazione di un imperatore, di solito del tardoantico, età che continua a porsi come uno dei filoni dominanti delle attuali opzioni di ricerca e che allo stato non rivela segni di declino. A quest'ultimo proposito, come era facile prevedere, l'inchiesta promossa recentemente dall'Associazione Internazionale di Studi Tardoantichi (AIST) in chiave di bilancio, proposte e

prospettive circa le indagini relative alla tarda antichità (KOINΩNIA, 46 [2022] 189-498; 47 [2023] 455-462), è già approdata a una panoramica estesa e sfaccettata dalla quale emergono spunti e riflessioni di assoluto interesse. Nel quadro variegato degli interventi, che oltre ovviamente alle diverse personalità degli studiosi, riflettono le differenti specializzazioni e le connesse persuasioni metodologiche, si distinguono alcune prese di posizione decisamente critiche provenienti proprio da giusromanisti, secondo le quali da un lato l'esplosione del tardoantico, per il calo di entusiasmo e di appassionata ricerca del nuovo che si coglie nell'attuale temperie scientifica, salvo un'auspicabile svolta, rischierebbe una prossima non meno vistosa implosione; per aspetti più particolari, si rileva, soprattutto nelle più giovani generazioni, un approccio scientificamente poco consapevole, non accompagnato da un'adeguata preparazione specifica sul piano storico e su quello filologico, nonché per la presenza di un *focus* 'a una dimensione', destituito cioè di quel prismatico fondamento culturale e interdisciplinare (un ruolo primario spetta al fattore religioso) che sta alla base di questo come del resto degli altri argomenti della nostra scienza. Si tratta di giudizi autorevoli dei quali non intendo discutere, mi permetto solo di rilevare *per incidens* che – come credo di aver adombrato poco sopra – almeno circa il rapporto tra quantità e qualità, il discorso potrebbe estendersi oltre i confini del tardoantico. Pertanto, nel quadro che ho tentato di delineare, anche se in breve e in modo inadeguato, una monografia 'del tempo antico' incentrata su uno dei tre principî relativi alle servitù prediali, in rapporto al quale una dottrina millenaria si è affaticata senza risparmio alla ricerca della *ratio* di una presunta eccezione – la *refectio parietis* accollata al proprietario del fondo servente nella *servitus oneris ferendi* –, appare a suo modo in controtendenza, e per tale ragione una novità, anche se forse un poco attenuata dalla proiezione in chiave di tradizione romanistica di cui all'ultima parte del saggio. Sto parlando di Antonio Leo De Petris, *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, Bologna 2023, 1-345. Dopo una pagina di «Ringraziamenti» e una «Prefazione» (5-14), in cui si dà conto in modo ragionato delle diverse tesi prospettate a giustificazione dell'onere della *refectio*, il percorso si snoda lungo tre capitoli. Poiché si tratta di un testo molto ampio, articolato e condotto su una costante e serrata esegesi delle fonti, in questa sede è giocoforza limitarsi a qualche *flash* ancorato a testi-chiave. Il primo capitolo (15-80) reca una disamina specifica sul principio che dà titolo al libro e parte proprio dall'analisi del testo che lo enuncia: non però con la formula in genere corrente, dovuta agli interpreti, ma in modo più elaborato. D. 8.1.15 pr.1 (Pomp. 33 *ad Sab.*) è un passo problematico e che forse ha sofferto, in ogni caso il paragrafo 1 spiega in modo chiaro che non è nella natura delle servitù che uno

faccia qualcosa, come per esempio togliere piante o rendere più amena la vista, oppure che dipinga nel suo, bensì che sopporti o non faccia qualcosa (*Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat*). Il principio del frammento è un poco più complesso, in ogni caso anche qui è enunciato un canone dogmatico, *Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest non valet*, in altri termini ove la *servitus* non sia a vantaggio né di uomini né di fondi non vale (non ha ragione di sussistere) perché non risponde ad alcun interesse per i titolari degli stessi, come sarebbe per esempio il divieto per il proprietario di passeggiare sul proprio terreno o di sostarvi, o di percepirne i frutti. Assai diverso è però il caso in cui ci sia impegnati a non cercare acqua nel proprio fondo per non diminuire quella di cui si vale il vicino (non vedrei i presupposti per negare la genuinità di tale precisazione [19 e nt. 6]: *minuendae aquae meae gratia*, pur espresso con una finale, non si riferisce all'intento malevolo di chi scava il pozzo ma al potenziale risultato oggettivo dell'operazione, del resto che il proprietario del fondo servente conceda di non cercare acqua nel proprio suolo con la precisa intenzione di comprometterne la disponibilità del vicino è ipotesi pressoché priva di senso comune). Secondo l'Autore, la lettura complessiva del frammento di Pomponio consente di riconoscerci «l'intento di limitare la portata del principio *s.i.f.c.n.*, ai soli casi in cui il *facere* posto a carico del proprietario del fondo servente fosse diretto a soddisfare, non una obiettiva esigenza del fondo dominante, ma un bisogno soggettivamente inteso manifestato dal suo proprietario» (30). In altri termini, *s.i.f.c.n.* non può dirsi un principio di portata generale: decisivo rimane sempre il presupposto dell'*utilitas* oggettiva. D'altronde da due testi si evince la possibilità di costringere con azione reale il proprietario del fondo servente a una attività positiva: in base a D. 7.1.19.1 (Pomp. 5 *ad Sab.*) il proprietario del fondo gravato deve rimuovere gli alberi abbattuti dal vento che rendono più difficoltoso l'esercizio del diritto di usufrutto o di passaggio (*iter*), in caso di inottemperanza può essere convenuto con l'*actio confessoria*; D. 8.5.4.5 (Ulp. 18 *ad ed.*) prevede che, se il vicino abbia un albero che rende inutilizzabile o meno agevole la *servitus viae* o *itineris*, possa essere costretto a eliminare l'ostacolo sperando la *vindicatio servitutis*, cioè un'azione reale, oppure un *interdictum*. A giudizio dell'Autore, la realtà del rimedio consente di respingere la teoria secondo la quale la mancata rimozione dell'ostacolo, che si risolve nell'impedimento all'esercizio del diritto, non sarebbe da ritenersi l'omissione di un *facere* in senso proprio al quale si sarebbe tenuti, ma una positiva ingerenza nella sfera di esclusività propria del diritto reale, consistente, appunto, nel *non tollere* le *arbores* ostative alle facoltà che gli sono proprie. Interessante e ben organizzata

è la rassegna di alcune figure che in campo pubblicistico possono considerarsi archetipiche rispetto agli oneri reali, come lo *stipendium* o il *tributum* a carico dei fondi provinciali, nonché il *vectigal*, a proposito del quale un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero riportato da Papirio Giusto (D. 39.4.7 pr. [2 *de const.*]) e opportunamente citato dall'Autore, afferma in modo icastico che *in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri*, per cui i possessori attuali sono responsabili anche per tutti gli insoluti pregressi, e ciò torna a riprova dell'inerenza reale della corresponsione del canone. E di *obligationes praediorum* si parla nei testi anche a proposito delle fondazioni alimentari per cui un terreno messo a coltura viene gravato di una rendita annua a vantaggio di una città; così come embrionali figure di oneri reali pubblicistici possono pure considerarsi gli apporti in denaro per la manutenzione di acquedotti, fognature e strade. E per l'Autore anche nel diritto privato si possono intravedere figure archetipiche di oneri reali. In particolare, entra in considerazione un frammento di Paolo (D. 39.3.2.4 [49 *ad ed.*]) in cui si riporta in forma adesiva la *sententia* di un *Ateius* di non facile identificazione (non comunque il corifeo sabiniano, poi la *Florentina* reca *Antaeus*) che accolla al proprietario del fondo superiore la pulizia di un fossato (*eam fossam ... cogendum esse vicinum purgare*) lungo il quale l'acqua defluisce al fondo inferiore, precisandosi *'sive extet fossae memoria sive non extet'*. Il testo non riguarda una servitù, ma è ascrivibile all'ambito dell'*actio aquae pluviae arcendae*, che è personale e pertanto legata a un'*obligatio*, nondimeno secondo l'Autore la sottolineatura di cui poco sopra deporrebbe per l'inerenza reale dell'onere («peso gravante sul predio» [73]), destinato pertanto a passare, in caso di trasmissione del fondo, a ogni successore per atto tra vivi o *mortis causa*, salva la possibilità di una *derelictio*. (Come sempre lo Studioso difende la propria tesi in modo appropriato, ma circa l'inerenza reale della *purgatio fossae*, anche perché coercibile attraverso un'*actio in personam*, alcune perplessità rimangono). Il capitolo II (81-156) si occupa nello specifico della natura del restauro del *paries* nella *servitus oneris ferendi*. Un testo-chiave in proposito è D. 8.5.6.2 (Ulp. 17 *ad ed.*). Vi si afferma che nella citata servitù di appoggio spetta al titolare del fondo dominante l'azione affinché l'edificio servente sorregga il peso e lo stesso sia restaurato «nel modo stabilito al tempo in cui era stata costituita la servitù» (83). Si riporta quindi il parere negativo di Aquilio Gallo secondo il quale non è possibile imporre una servitù per cui uno si trovi costretto a fare qualcosa, bensì per cui non proibisca di fare qualcosa al proprietario del fondo dominante, infatti in tutte le servitù l'onere della manutenzione ricade su colui che si afferma titolare della servitù, non sul proprietario del fondo gravato (*nam in omnibus servitutibus reffectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cuius res servit*). Ma – prosegue Ulpiano – nel caso in ogget-

to prevalse l'opinione di Servio Sulpicio, nel senso che il titolare del fondo dominante può costringere l'avversario a restaurare la parete perché sia in grado di reggere il peso del suo edificio (*sed evaluit Servi sententia, in proposita specie ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda*). E si conclude ricordando che Labeone scrive che non è l'uomo che presta la servitù, ma la *res*, pertanto il proprietario che non intenda sobbarcarsi l'onere ha pur sempre la possibilità della *derelictio*. Il passo tocca dunque nel vivo il problema relativo all'eventuale anomalia della *servitus oneris ferendi* inserendola in una disamina di carattere dogmatico e ponendola in rapporto con gli altri *iura praediorum* in cui l'onere del restauro ricade sul titolare del fondo dominante, come in termini lapidari afferma Aquilio Gallo. Nel caso *de quo* dal punto di vista storico la questione venne risolta da Servio Sulpicio, che assicurò un definitivo avallo alla regola che conosciamo. Altro testo rilevante è D. 8.2.33 (Paul. 5 *epit. Alfen. dig.*), ove innanzitutto si conferma che la *refectio* della colonna su cui insiste il peso dell'edificio vicino ricade sul proprietario della stessa, ma che poi reca una suggestiva citazione della *lex aedium*: '*paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*' ('la parete di sostegno al peso sia così come è ora'), ove in sostanza si afferma che la parete deve esserci per sempre (*in perpetuum parietem esse debere*), non alludendo ovviamente all'eternità, *sed uti eiusdem modi paries in perpetuum esset qui onus sustineret*, nel senso che dev'essere sempre nella stessa condizione di sopportare il carico. D. 8.5.8.2 (Ulp. 17 *ad ed.*) valuta il rapporto tra l'*actio* a difesa della *servitus oneris ferendi* e quella a difesa della *servitus tigni immittendi*: esse, spiega il giureconsulto, sono tra loro diverse (*distant autem hae actiones inter se*), infatti la prima serve anche per costringere il proprietario del fondo servente a riparare il muro (*locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum*), la seconda è tesa unicamente al fine che si accolgano i travi, e conclude precisando *quod non est contra genera servitutium*, cioè la predetta differenza non si pone in contrasto con l'appartenenza di ambedue al genere delle servitù. Una tesi di natura interpolazionistica, ma meno radicale e più solida rispetto a quella del Beseler, accolta da diversi studiosi anche di recente è dovuta a Gino Segrè, il quale con argomenti di innegabile spessore ha ritenuto che nell'ultimo passo citato la possibilità di costringere il proprietario del fondo servente alla *refectio* sia da attribuirsi ai commissari giustinianeî, in quanto tale tipologia di prestazione non si coniugherebbe con la struttura della formula reale classica relativa alla servitù. Nella stessa, pertanto, sarebbe mancato ogni riferimento al *compellere* l'avversario al restauro murario, da ricollegarsi invece originariamente all'*officium iudicis* e all'*arbitrium de restituendo*, di cui è testimonianza in D. 8.5.7 (Paul. 21 *ad ed.*), e la *dissensio* tra Aquilio Gallo e Servio Sulpicio in D. 8.5.6.2 riguarderebbe soltanto il tenore della clausola

restitutoria. In tal modo si elimina in radice il contrasto fra il principio *s.i.f.c.n.* e l'onere della *refectio* gravante sul proprietario del *paries*, proprio perché un'*intentio* come quella riferita da Ulpiano in D. 8.5.8.2 non ci sarebbe mai stata. Secondo l'Autore, il quale come si è visto non considera il principio in termini assoluti ma soltanto in funzione di limitare, sul parametro dell'*utilitas* oggettiva, le ipotesi in cui il proprietario del fondo servente può essere tenuto a un *facere*, non è possibile negare *tout court* l'ammissibilità di figure connotate dal carattere della realtà tali da comportare per il titolare dell'immobile gravato prestazioni positive. In tal modo la *refectio parietis* cessa di porsi in contraddizione con la regola di cui a D. 8.1.15.1, di Pomponio: si tratta di inquadrarla, circostanziandola, in una più ampia cornice ricostruttiva. E in definitiva diventano soggette a una critica di base pressoché tutte le teorie – esaminate nel dettaglio nei §§ 3 e 4 del II capitolo (106-121) – tese a fornire una spiegazione plausibile del presunto carattere eccezionale della *servitus oneris ferendi* proprio in quanto partono dal presupposto di una portata generale da attribuirsi al principio *s.i.f.c.n.* Secondo l'Autore (142) i termini della disputa tra Gallo e Servio in origine riguardavano probabilmente la possibilità di assegnare in via pattizia il compito della *refectio* al proprietario del fondo servente, e in questo senso un collegamento con la *lex aedium* è da ammettersi. Tuttavia Aquilio Gallo non fondava, come in genere si ritiene, il suo contrario avviso sul principio *s.i.f.c.n.*, ma sul dato per cui in quello specifico accolto della *refectio parietis* non riconosceva un profilo di *utilitas* oggettiva difforme rispetto a quello riscontrabile nella *servitus tigni immittendi*, ove il restauro compete a colui che infigge il trave. Sul piano cronologico la *servitus tigni immittendi* è in genere ritenuta anteriore, ma in progresso di tempo le esigenze della prassi avrebbero indotto alla creazione di una nuova forma di servitù caratterizzata da una difforme attribuzione dell'onere della *refectio*: «tale nuova fattispecie, esaminata e discussa da Aquilio Gallo e Servio Sulpicio Rufo, fu ritenuta tollerabile alla luce dell'utilità obiettiva che in quella determinata fattispecie (e in quelle a essa assimilabili) la differente allocazione della *refectio parietis* avrebbe potuto arrecare al fondo dominante e tramite esso al suo proprietario» (144). In tal senso è significativo il limite che incontra il *facere* imposto al proprietario servente nella servitù di appoggio: D. 8.5.8 pr. (Ulp. 17 *ad ed.*) chiarisce che il *parietem reficere* non implica anche il puntellare l'edificio dominante finché il muro non venga riparato, e aggiunge che se il suo proprietario non intende farlo, lo abbatta e lo ricostruisca quando il muro sarà consolidato (*deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus*); perciò, come nelle altre servitù, *actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere*, ossia, nel caso *de quo*, tu hai sì diritto che io restauri la mia parete, ma non hai diritto di costringermi a puntellare il tuo edificio prima

dei lavori e durante gli stessi. Come del resto, fatta salva la loro idoneità a reggere il peso, il proprietario del fondo dominante non potrebbe pretendere – né per converso vietare – alcun intervento migliorativo relativo alla parete o alla colonna portante. Premesso che sul piano pratico la differenza intercorrente tra l'onere reale e l'*obligatio propter rem* appare abbastanza labile, e che sul piano storico la categoria dell'onere reale è di solito ricollegata, quanto a origine, al diritto germanico ricevendo l'appellativo, peraltro erroneo, di *servitus iuris germanici*, l'Autore è propenso a riconoscere nella *refectio parietis* della *servitus oneris ferendi* i caratteri archetipici dell'onere reale: ovviamente essendo impossibile «prescindere sul punto dalla (sia pure indiretta e necessariamente limitata) influenza esercitata sull'interprete dai risultati raggiunti in dottrina in punto di identificazione dei caratteri propri della categoria degli oneri reali» (150). Onerato è il titolare del diritto reale, in genere il proprietario, che lega il soggetto al fondo e automatico su tale presupposto risulta il gravame, il quale però insiste sull'immobile quasi – per intenderci molto in breve – come sorta di *qualitas* dello stesso, mentre nell'*obligatio propter rem* il rapporto dominicale costituisce soltanto il tramite che consente di individuare il soggetto obbligato. Si ritiene in genere – ma l'Autore riconosce che non si tratta di un dato pacifico – che la prestazione a cui è tenuto l'onerato non deve eccedere il valore del fondo e anche tale aspetto lo distinguerebbe dall'*obligatio propter rem*. Ricorrendo alla *derelictio*, attestata da Labeone, il soggetto gravato può sottrarsi alla prestazione, e il dato è sintomatico circa l'inerenza reale dell'onere rispetto all'immobile, tra l'altro resa evidente dalle parole del caposcuola proculiano '*hanc servitutem non hominem debere, sed rem*' (D. 8.5.6.2, citato). Inoltre, l'onere reale si distinguerebbe dall'*obligatio propter rem* per la sua esclusiva natura di *facere* connotata da periodicità e perpetuità. Questi caratteri, in unione con la trasmissibilità *inter vivos* e *mortis causa* in connessione con il fondo sono da ritenersi presenti nell'onere della *refectio parietis* proprio della servitù di appoggio. Nel terzo e ultimo capitolo (157-266), sul quale in questa sede non è possibile soffermarsi, si delinea, seguendolo passo dopo passo, il decisivo apporto delle idee rivoluzionarie in chiave di reazione alle pregresse concezioni feudali del sistema fondiario connotato da prestazioni *in faciendo* di inerenza reale – forti peraltro dell'avallo teorico del pensiero giuridico dell'età intermedia –, e tese ora all'affermazione di un diritto di proprietà libero da pesi e da vincoli, con la conseguente rigida fissazione del dogma '*servitus in in faciendo consistere nequit*' e del *numerus clausus* dei diritti reali. Di qui il rifiuto della categoria dell'onere reale da parte del legislatore italiano, sebbene figure assimilabili o aperture in chiave di potenzialità possano tuttora riconoscersi, non solo in filigrana, anche nel nostro Codice Civile. Le «Riflessioni conclusive» (267-295) si pongono

come un utile riassunto tutt'altro che formalmente ripetitivo delle argomentazioni che hanno segnato le principali tappe del percorso di ricerca. Il saggio di Antonio Leo De Petris testimonia – va detto *in limine* senza mezzi termini – di un lavoro di ricerca imponente per la vastità di campo dell'indagine storico-dogmatica e per il necessario confronto con la dottrina pregressa, la quale non appare mai oggetto di mera citazione formale ma viene sempre sottoposta a una discussione circostanziata e aliena da amor di tesi. Non sarebbe stato difficile in un campo del genere adagiarsi con ritocchi più o meno qualificanti su una delle ricostruzioni pregresse, che sono state davvero tante e tali da pregiudicare in apparenza ulteriori potenzialità euristiche. Indicare un percorso alternativo e difenderlo con l'impegno e la lucidità dimostrati dallo Studioso, comunque lo si valuti in chiave di efficacia persuasiva, determina già da solo il non comune valore dell'opera. La lettura del libro mi suggerisce una considerazione che nelle note conclusive esprimo per quel che può valere. Nel confronto tra *servitus oneris ferendi* e *servitus tigni immittendi* sembra emergere in dottrina una diversa estensione logistica relativa all'intervento di *refectio*, nel senso che nella servitù di trave esso si limiterebbe alla mera e specifica porzione di muro in cui è infisso il legno, per evitare insomma che l'estremità del medesimo esca dal foro. D'altronde le fonti giuridiche ci dicono che la *refectio* nella servitù di appoggio compete al proprietario dell'edificio servente mentre in quella di immissione di *tignum* spetta al titolare del fondo dominante ma non ne forniscono la ragione. Tuttavia, se nella *servitus tigni immittendi* il proprietario dell'edificio dominante è, per intenderci in breve, legittimato a disinteressarsi *in toto* della statica della parete in cui è inserito il suo trave – dato, tengo a precisare, che non contesto –, credo si debba anche ammettere che non *de iure*, questo no, ma *de facto*, questo sì, la *refectio parietis* anche nella citata servitù come in quella *oneris ferendi* bene o male finisce addossata al *dominus* del fondo onerato. È del resto innegabile che pure nella *servitus tigni immittendi* la parete dell'edificio gravato regge un peso, che non è soltanto (in parte) quello del prisma di legno che vi è infisso, posto che il *tignum* a sua volta sostiene per esempio un tetto, un portico per passeggiare retto da colonne in muratura, o comunque una struttura edile che non ha certamente il dono della levità (D. 8.5.8.1[Ulp. 17 *ad ed.*] ... *ut in parietem eius tigna immittere mihi liceat supraque ea tigna verbi gratia porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulatoriae sustineant*). Inoltre, in genere si parla di *tignum* al singolare, ma di travi possono benissimo essercene più d'uno (oltre al testo precedente si veda D. 8.5.8.2 [Ulp. 17 *ed ed.*] citato: *haec [actio] vero locum habet ad hoc solum, ut [vicinus] tigna suscipiat*), dando così luogo a un complesso di supporto soggetto a un'ingente sollecitazione che non può non ripercuotersi

sulla tenuta del muro in cui sono inseriti i singoli elementi. A questo punto, in determinate eventualità, il proprietario dell'edificio servente, se non vuole che la parete rischi di crollare travolgendo non solo la servitù ma anche il proprio immobile, si trova costretto dal canto suo a *parietem reficere* salvando così l'una e l'altro. Non lo si può obbligare, certo, ma, a parte cause di forza maggiore, chi è disposto ad accettare supinamente il crollo della propria abitazione? Né, sempre a mio avviso, varrebbe obiettare che in tal caso restaura una *res* che gli appartiene come dovrebbe fare comunque per via dell'inevitabile usura delle cose materiali, perché la parete si è indebolita o lesionata anche (o proprio) per il peso dei travi con quello che ci sta sopra, e ciò è dovuto, appunto, alla presenza della servitù. Si tratta peraltro, lo ripeto, di considerazioni estemporanee e mi guardo bene dallo spingermi oltre, anche perché di scienza delle costruzioni antica e moderna non so nulla. A quanto apprendo, talora negli studi su queste *servitutes* sono entrate anche fonti tecniche, tuttavia, – azzardo – nell'attuale caratterizzazione interdisciplinare raccomandata ai cultori della nostra disciplina (in cui però, forse mi inganno, gli aspetti tecnici rimangono defilati), un ulteriore sguardo magari più mirato potrebbe forse risultare di qualche utilità (in diverso settore, come esempio per tutti, F. Scotti, *Lana, linum, purpura, versicoloria. (I legati «tessili» fra diritto romano e archeologia)*, Napoli 2020). In ogni caso chiudo qui, *de hoc satis*.

RENZO LAMBERTINI