



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO CARLO BO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA (DiGiur)

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

MARINA FRUNZIO

AEQUITAS

IL RAGIONAMENTO EQUITATIVO
NELL'ERMENEUTICA DI NERAZIO PRISCO



2022

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

CAPITOLO PRIMO

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

L'occasione di studiare l'applicazione del criterio equitativo nelle soluzioni e nel pensiero del giurista Nerazio è nata dalla constatazione circa l'inesistenza di un recente e completo studio sul tema, che a suo tempo fu affrontato, ma in forme incidentali, sebbene con acume, negli scritti di Vincenzo Scarano Ussani¹ e più direttamente ma, a mio giudizio, non esaustivamente, nella monografia – in realtà una dissertazione di dottorato – di Jan Maifeld, nel 1991², a cui mi sentirei di aggiungere almeno il lavoro, del 1973, condotto da Reinhold Greiner in chiave di *Textufenforchung*³, il cui sguardo complessivo all'opera di Nerazio contiene non poche e marginali valutazioni intorno al rapporto del giurista con l'equità.

Nel complesso, la storiografia romanistica non pare aver dedicato eccessivo spazio alla ricostruzione del pensiero del giurista, né alla palingenesi della sua opera. Ciò probabilmente si deve al fatto che degli scritti di Nerazio non molto è residuo e quanto ci è giunto assai spesso si presta ad equivoche letture⁴. Al riguardo non privi di interesse risultano taluni studi

¹ Mi riferisco, soprattutto, a V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e valori in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo* 23, 1977, 146 ss.; ID., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, *passim*; ID., *Empiria e dogmi. La scuola Proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, *passim*.

² J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991, *passim*.

³ R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973, studio tuttavia sottoposto a più di un vaglio critico: cfr., F. BONA, *Rec. a R. Greiner, Opera Neratii* cit., in *SDHI* 40, 1974, 504 ss. e F. HORAK, *Rec. a R. Greiner, Opera Neratii* cit., in *ZSS* 92, 1975, 314 ss.

⁴ In merito alle *membranae* si deve rilevare che l'opera è quella meglio conservata della produzione neraziana. Seguendo infatti l'*Index Florentinus* ne risulta la composizione in 7 libri che effettivamente è quanto oggi ci residua. Circa l'ordine delle materie ivi trattato, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, 765 nt. 1 riferiva: "*Certum rerum ordinem in his libris non invenio*" e difatti lo studioso rinunciò ad un qualsiasi tentativo di organiz-

avviati di recente su alcuni segmenti delle *membranae*, l'opera di cui ab-

zare i frammenti in rubriche. Lo stesso nome dell'opera, *membranae*, è ancora in discussione presso gli studiosi: appunti, schizzi, note, forse, come vuole A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli 1988, 493, responsi annotati su rotoli di pergamena (cfr., inoltre, F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 228 s.; GREINER, *Opera Neratii* cit., 9 ss.; BONA, *Rec. a R. Greiner* cit., 10; Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Problemi di diritto ereditario nei VII libri Membranarum di Nerazio*, in GLOSSAE. *European Journal of Legal History* 14, 2017, 312 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Nuova edizione, Torino 2017, 359, per il quale il termine '*membranae*', "bizzarro e ricercato, destinato a rimanere senza seguito", potrebbe tradursi con "quaderni" o "fogli". Interessanti osservazioni in D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique: les oeuvres des juristes comme littérature*, Paris 2018, *passim* e A. MARCONE, *L'evoluzione della circolazione libraria in età imperiale: la letteratura giuridica e cristiana in Studia historica. Historia antiqua* 37, 2019, 269 ss.). Da parte mia, non riesco ad escludere l'eventualità, a fronte dell'ingente massa di frammenti avente un carattere di evidente 'enunciazione generale', che l'opera rappresenti una prima stesura di *regulae* su cui Nerazio aveva preso a riflettere, alcune delle quali espresse già in forma più matura, altre ancora a livello embrionale, e che forse doveva rappresentare il precedente di uno specifico lavoro di *regulae iuris*. È un dato che il giurista compose dei *libri regularum* che l'*Index Florentinus* ricorda in 15 libri dei quali tuttavia ci sono stati traditi solo sette frammenti, derivanti – si veda LENEL, *Palingenesia* I cit., 774 – dai libri 3, 4, 5, 6 e 10 e dai quali non è possibile desumere alcunché né sull'ordine seguito, né sul rapporto con le *membranae*. Un altro dato certo è però rappresentato dal fatto che l'interesse mostrato da Nerazio per certe materie può dirsi 'trasversale' nelle sue opere: così vale ad esempio, per l'elemento soggettivo nell'acquisto del possesso a cui il giurista, in contesti diversi, dedica la sua attenzione sia nelle *membranae* (D. 41.3.41, Ner. 7 *membr.*), sia nei *libri responsorum* (D. 47.19.6, Ner. 1 *resp.*), sia nei *libri regularum* (D. 41.1.13, Ner. 6 *reg.*); dato in armonia con l'idea per cui questi ultimi siano stati redatti sulla base di un materiale sul quale il giurista aveva meditato diffusamente. Se è possibile ipotizzare che le *membranae* siano state una prima versione, non organizzata, di un successivo volume di regole in preparazione, allora si potrebbe anche far luce sul problema della pubblicazione dell'opera: se cioè questa sia avvenuta, come ipotizzano alcuni studiosi, da parte dello stesso Nerazio e in modo alluvionale (così, GREINER, *Opera Neratii* cit., 66), o una volta sola, nella fase della maturità del giurista – per la presenza di taluni indiscutibili 'riferimenti' all'epoca adrianea – (F. GRELLE, *L'autonomia cittadina tra Traiano e Adriano. Teoria e prassi dell'organizzazione municipale*, Napoli 1972, 136), oppure, ancora, addirittura postuma a cura dei suoi *auditores* (GONZÁLEZ ROLDÁN, *Problemi di diritto ereditario* cit., 315 ss.). Supponendo un carattere 'preparatorio' delle *membranae* riterrei non improbabile questa ultima possibilità, che meglio si concilierebbe con la asistematicità e l'inorganicità dell'opera medesima; e al tempo, eviterebbe di ritenere Nerazio in persona autore di una pubblicazione, tutto sommato, ad un livello ancora prematuro. Ma si tratta solo di supposizioni, posto che ci resta troppo poco delle *regulae* effettivamente pubblicate per poter stabilire un serio confronto tra le due opere avente una apprezzabile serietà scientifica. Sul punto, avremo modo di svolgere ulteriori riflessioni più oltre nel corso del presente studio.

biamo più frammenti, da parte di González Roldán⁵ che ha rivolto uno sguardo privilegiato alle *regulae* ivi presenti in materia di diritto ereditario.

Manca ancora tuttavia una riflessione più generale e completa che provi a coniugare i molteplici interventi della letteratura, restituendo un quadro il più fedele possibile del lavoro di Nerazio e della sua visione scientifica del diritto. Così come manca, anche nei più recenti studi, un'attenzione ragionata sul valore dell'equità neraziana, nonostante il fatto, come appena detto, che Scarano Ussani abbia in più occasioni sostenuto la singolare importanza dell'equità nel pensiero di Nerazio, inteso quale valore che il giurista avrebbe recuperato all'interno di una sedimentata tradizione di pensiero⁶.

Quanto ora osservato assume un significato ulteriore se si pone alla nostra attenzione il fatto che si tratta di un giurista che si colloca in un momento strategico dell'evoluzione del pensiero giurisprudenziale romano⁷,

⁵ GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2013, *passim*; ID., *Il legato dell'“instrumentum” nel pensiero di Nerazio*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 4, 2014, ss.; ID., *Problemi di diritto ereditario* cit., 312 ss.; ID., *Hereditas e interpretazione testamentaria in Nerazio*, Napoli 2019, *passim*.

⁶ Illuminanti in questa prospettiva le pagine che l'autore dedica al tema in *Valori e storia* cit., 57 s.

⁷ Non troppe le informazioni sulla vita del giurista. Sappiamo che nacque da una famiglia altolocata di *Saepinum*, probabilmente tra il 57 e il 58 d.C., datazione che si ricava a sua volta dal presunto anno del suo consolato, il 97, sotto l'imperatore Nerva. Dovette godere di una certa stima e svolgere una carriera piuttosto brillante, salvo un certo periodo nel quale le notizie scarseggiano, considerato che gli venne riconosciuto il comando delle province della Pannonia e della Germania inferiore, stavolta sotto il governo di Traiano. Nonostante si sia in dottrina piuttosto sicuri della sua vicinanza a quest'ultimo imperatore, pare che la carica di senatore non gli venne riconfermata. Solitamente si colloca la sua morte dopo il 133, poiché mostra di conoscere, D. 44.2.1pr., il *sc.* Tertulliano, collocato dagli studiosi in quell'anno. È altamente probabile che proprio Traiano lo ammise nel suo *consilium*, insieme al collega Aristone, col quale mantenne un dialogo vivo e proficuo. La notizia si ricava da D. 37.12.5, Pap. 11 *quaest.*, ove la *pietas* nei confronti del servo sembra attraversare tanto il giurista quanto lo stesso imperatore, assai probabilmente influenzati dai precetti del *De clementia* seneciano (in particolare, *De clem.* 3.12.2. Per SCARANO USSANI, *Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani tra tarda repubblica e secondo secolo d.C.*, Napoli 2012, 227 e nt. 67, Nerazio aveva certamente letto ed amato Seneca filosofo, che applicava in un noto frammento in materia di furto: D. 47.19.6). Non è neppure da escludere la sua partecipazione al *consilium* di Adriano (HA *vita Hadr.* 18.1 ove un Nerazio Prisco appare nel consesso insieme a Giuvenzio Celso e a Salvio Giuliano, quali uomini dotti selezionati dallo stesso imperatore. La fonte è stata an-

ancora proteso, cioè, a volgere lo sguardo verso il tramonto degli antichi ideali repubblicani e tuttavia ormai calato nella piena organizzazione giuridico-politica di tipo imperiale. Non è infatti infrequente percepire in molti escerti a lui attribuiti questa tensione tra l'antico e le nuove frontiere del diritto, che assai di sovente si risolve in soluzioni giuridiche maggiormente 'conservative', e altrettanto spesso, all'opposto, in pareri non scevri di una propria, sorprendente, carica innovativa. Ed è proprio con Nerazio, come è stato detto, che "il sapere giuridico avrebbe ritrovato, per mantenerla lungo tutto il secolo, la forza speculativa degli anni tra Quinto Mucio e Sabino"⁸.

Il tema dell'equità in questo quadro riflette, a mio giudizio, potentemente tale posizione complessa che merita dunque di essere esplorata più da vicino di quanto non sia stato fatto sino ad ora. Senza voler troppo anticipare gli esiti di questo studio, si avrà modo di verificare, ad esempio, come la visione neraziana, proprio filtrata attraverso la lente dell'*aequitas*, mentre raccoglie con fermezza taluni risultati consolidati dell'*interpretatio* prudenziale, ne proponga di nuovi che di fatto ritroveremo nelle opere dei giuristi successivi, soprattutto dei severiani e in specie di Paolo⁹.

Volendo quindi percorrere tale direzione di ricerca, bisogna partire proprio dalle *membranae* perché è al loro interno che si incontrano tre frammenti in cui appare il termine *aequitas*, D. 6.2.17., Ner. 3 *membr.*; e il sintagma *aequum est*, D. 27.10.9, Ner. 1 *membr.*; D. 46.7.16, Ner. 3 *membr.*

In connessione a questi passi, la dottrina giustamente considera quattro ulteriori testimonianze in cui l'utilizzo di termini come *aequus* e *aequum*, appaiono comunque riferibili a Nerazio. Di questi quattro tre sono attribuiti a Paolo e, più esattamente, due derivati dal commento del Severiano a Plauzio – D. 35.1.43, Paul. 8 *ad Plaut.* e D. 42.1.21, Paul. 6 *ad Plaut.*, il

che intesa, però, a partire da TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II.2, Leipzig 1887-1888 (rist. Graz 1952), 989, come indicante solo che con Adriano il *consilium principis* cominciò ad avere una struttura consolidata, opinione successivamente contestata in letteratura, specialmente da GRELLI, *Autonomia cittadina* cit., 1972, 134. Notizie prosopografiche soprattutto, in G. CAMODECA, *La carriera del giurista L. Neratius Priscus*, in *Atti Accademia Scienze Morali e Politiche* 87, 1976, 19 ss.; ID., *Il giurista L. Neratius Priscus cos. suff. 97. Nuovi dati su carriera e famiglia*, in *SDHI* 73, 2007, 291 ss.

⁸SCHIAVONE, *Ius* cit., 357.

⁹Si è già provato a fissare alcuni momenti significativi del rapporto tra Nerazio e Paolo in G. SANTUCCI, P. FERRETTI, M. FRUNZIO, A. SCHIAVON, *Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV*, Roma 2021, *passim*.

primo tratto dal commento allo stesso Nerazio, D. 46.1.67, Paul. 3 *ad Ner.* e l'altro appartenente a Gaio, D. 36.1.65.12, Gai. 2 *fidec.*

Mentre Greiner ha inteso esaminare solo i tre frammenti direttamente attribuiti a Nerazio, Maifeld li ha considerati tutti, verificando come essi, ad eccezione di D. 46.1.67, risultino collocati da Lenel anche nella *pars neraziana* della Palingenesi, per i motivi che avremo modo di esaminare. Nel complesso, dunque, si tratta di poche testimonianze, da cui parrebbe doversi dedurre una non troppo ampia attenzione del Sepinate verso il ricorso al criterio equitativo, come peraltro lo stesso Maifeld suppone¹⁰.

In verità mi sembra degno di rilievo, per un verso, ricordare che ciò che a noi è giunto dell'opera di Nerazio non ne rappresenta neppure la quasi totalità. Basterebbe pensare a quanto poco ci residua dei suoi *libri regularum* a fronte del fatto che l'*Index Florentinus* riferisce di 15 libri di *regulae*¹¹.

Da altra angolazione, vi sono da sviluppare talune considerazioni di carattere più approfondito sull'equità come criterio invocato da Nerazio per la soluzione dei casi alla sua attenzione e che mi riserverò di svolgere più avanti nel corso delle successive pagine, avendo presente che, pur in questa rilevata esiguità quantitativa, le soluzioni ivi riferite contengono tracce estremamente significative della scepisi del giurista e, non escludo, come si accennava poc'anzi, persistenti anche presso la giurisprudenza successiva.

Il lavoro dunque procederà attraverso l'esame dapprima dei tre frammenti contenuti nelle *membranae* e pertanto sicuramente riferibili a Nerazio; per poi continuare con l'analisi delle ulteriori quattro testimonianze in cui comunque il giudizio di equità sembrerebbe doversi far risalire al giurista sannita.

¹⁰ MAIFELD, *Die aequitas* cit., 25 ss.

¹¹ L'ho ricordato *retro*, nt. 4.

CAPITOLO SECONDO

L'AEQUITAS NELLE TESTIMONIANZE DELLE MEMBRANAE

Sommario: 1. D. 6.2.17, il fondamento equitativo dell'actio Publiciana. – 1.1. Segue: la tutela dominicale quale interesse privilegiato in Nerazio. – 2. D. 27.10.9, una soluzione equitativa in tema di bonorum distractio. – 3. D. 46.7.16, il criterio equitativo a tutela delle scelte di economia processuale.

1. D. 6.2.17, il fondamento equitativo dell'actio Publiciana

Cominciamo il nostro percorso di analisi partendo dai tre frammenti delle *membranae* sopra citati e, innanzitutto, da D. 6.2.17, una testimonianza ben nota nella letteratura che si è occupata dell'*actio Publiciana*, e non solo:

D. 6.2.17, Ner. 3 *membr.*: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

Il frammento si apre con una nota e perentoria affermazione di Nerazio: l'azione Publiciana non è stata introdotta per sottrarre la *res* al suo *dominus*. Il giurista traiano prova a giustificare il suo pensiero proponendo una duplice argomentazione. Innanzitutto, il richiamo al fondamento dell'*aequitas* a cui segue l'utilizzo dell'*exceptio 'si ea res possessoris non sit'*, in cui con ogni probabilità va individuato un rimedio antesignano dell'*exceptio iusti domini*¹. Il testo si conclude con l'introduzione di un'ipotesi in qual-

¹ Così, E. CARUSI, *L'azione Publiciana in diritto romano*, Roma 1967 (ed. anast. Roma 1889), 188 ss. Si veda, inoltre, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano I*, Padova 1942, 294 e 423; GREINER, *Opera Neratii* cit., 21. Del testo nel suo complesso, se ne sono occupati, ex

che modo connessa a quanto rilevato in principio, per cui colui che acquista in buona fede e ottiene in base a quel titolo il possesso del bene, consegue un diritto poziore sulla cosa medesima, evidentemente a preferenza di colui il quale, pur versando nell'identica condizione, non ha tuttavia ancora ottenuto il possesso.

A parte il problema di chiarire la portata della soluzione neraziana a proposito del possesso inteso quale titolo preferenziale, verisimilmente rispetto ad altri nel diritto a trattenere la cosa, stupisce che il primo *argumentum*² su cui poggia l'introduzione dell'azione recuperatoria come rimedio non lesivo degli interessi del proprietario civilistico, sia rappresentato proprio dal richiamo all'equità. Criterio quest'ultimo solitamente addotto a giustificazione dell'esercizio dell'azione Publiciana da parte del non proprietario civilistico ed esperibile innanzitutto nei confronti di quest'ultimo. Funzione consueta dimostrata, inoltre, proprio dal successivo riferimento all'eccezione che il *dominus* convenuto in giudizio avrebbe potuto opporre contro l'azione di chi pretendesse di spossessarlo ingiustamente del bene.

Come pure si è osservato³, sarebbe risultato sufficiente al giurista di Sepino fare unicamente riferimento a tale ultimo rimedio per evidenziare

multis, S. PEROZZI, *L'editto Publiciano*, in *BIDR* 1, 1888, 49 ss.; F.B.J. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden 1960, 31; G. THÜR, *Justinians Publiciana und directa "in rem"*, in *ZSS* 89, 1972, 375; F. STURM, *Zur ursprünglicher Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA* 9, 1962, 414; GREINER, *Opera Neratii* cit., 21; SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e valori* cit., 178 ss.; P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in *ZSS* 99, 1982, 168 ss.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli 1984, 72 ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Materiali per un corso di diritto romano*, Torino 1997, 96; EAD., *'Dominium', 'in bonis', proprietà provinciale*, in *Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano* (Copanello, 5-8 giugno 2002), Rende 2010, 630; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano I*, Torino 2001, 544; T. GIARO, *Der Fiktion des Eigentlichen Eigentümers*, in *Mélanges W. Wolodkiewicz I*, Varsovie 2000, 281 ss.

²È difficile non avvertire il sintagma *'argumentum'* come immediatamente evocativo di un'espressione di origine retorica, che testimonia, secondo chi scrive, del forte rapporto che lega Nerazio con la tradizione retorica e che, presumibilmente, doveva averlo influenzato non solo nella costruzione degli elementi della frase – tutto il brano sembra presentare la caratteristica di una sequenza di immagini – ma nell'utilizzo della logica nella costruzione dei contenuti e forse in certa essenzialità del pensiero e della sua espressione. Si avrà più di un'occasione per verificare l'intensità di tale rapporto.

³MAIFELD, *Die aequitas* cit., 30 ss.

l'importanza dell'efficacia della tutela proprietaria, senza dover ricorrere all'argomento, poco usuale, dell'equità. Sul punto non prive di significato si presentano, ancora oggi, le considerazioni di Scarano Ussani⁴ per il quale Nerazio avrebbe proceduto ad un ragionamento pienamente comprensibile. Afferma infatti lo studioso che il senso neraziano dell'*aequitas*, in questo testo, sarebbe ricavabile rovesciando i termini della *sententia* del giurista: se l'azione Publiciana fosse stata istituita per togliere la *res* al *dominus* – ipotesi ovviamente assurda – e dunque se fosse stata introdotta contro l'istituto del *dominium*, essa sarebbe stata iniqua. Di più, così facendo, si sarebbe immesso nell'ordinamento uno strumento del tutto irrazionale che avrebbe posto in crisi l'istituto fondamentale del *dominium*, della cui “rilevanza giuridica e sociale il giurista doveva rendersi ben conto...”.

Sottoponendo il testo ad un'analisi più profonda, esso si presenta guidato da una logica indiscutibile. L'azione Publiciana sarebbe stata introdotta come espressione dell'*aequitas* che deve informare necessariamente i rapporti di appartenenza. Orbene, il fatto di riconoscere nello stesso tempo che la sua funzione primaria sia stata quella di spogliare del bene il *dominus ex iure Quiritium* si pone in contrasto con la sua stessa vocazione equitativa, perché proteggere la proprietà civilistica riposa sull'equità, sedimentata, al fondo della difesa della proprietà medesima. Appare quindi inattaccabile l'impianto logico del giurista che, peraltro, ancora immerso nel tentativo di difendere la primazia del *dominium* in un altro significativo testo, sempre appartenente al libro 3 delle *membranae*, D. 40.7.17⁵, non esi-

⁴ SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 51 s.

⁵ D. 40.7.17, Ner. 3 *membr.*: *Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse: decem habet et tantundem domino debet: dando haec decem non liberabitur. Nam quod statulibero ex peculio suo dare explendae condicionis causa concessum est, ita interpretari debemus, ut non etiam ex eo dare possit, quod extra peculium est. Nec me praeterit hos nummos peculiares posse dici, quamvis, si nihil praeterea servus habeat, peculium nullum sit. Sed dubitari non oportet, quin haec mens fuerit id constituentium, ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset, quia id maxime sine iniuria dominorum concedi videbatur. Quod si ultra quis progredietur, non multum aberit, quin etiam eos nummos, quos domino subriperit, dando statuliberum condicioni satisfacturum existimet.* Come è noto, lo statulibero può adempiere alla condizione e giungere alla libertà pagando la somma di denaro stabilita dal *de cuius*. Nel testo si pone il caso che il servo possa prelevare tale somma dal peculio, nonostante che questo debba essere restituito al suo *dominus*. Nerazio appare risoluto nel negare tale eventualità, che probabilmente doveva da altri essere sostenuta in base al criterio del *favor libertatis*. Il giurista argomenta *ad absurdum* prospettando l'ipotesi che qualo-

ta a fare ricorso ad una vera e propria *reductio ad absurdum*⁶.

Vede bene perciò Scarano Ussani quando, mosso alla ricerca della giustificazione etica dello stretto rapporto tra proprietà ed equità, non esita ad intravederlo nelle maglie del pensiero stoico⁷ che, proprio nel momento della fioritura del giurista proculiano, maturava la sua più complessa e diffusa espressione⁸.

Ma converrà al momento sospendere ogni ulteriore giudizio ed occuparsi di un'altra testimonianza che è in stretta connessione con D. 6.2.17⁹. Si tratta di

ra si volesse seguire in modo estensivo tale principio e permettere che il servo utilizzasse il peculio di proprietà del *dominus*, si potrebbe addirittura giungere ad affermare che lo *statuliber* potesse adempiere alla condizione pagando con denaro sottratto al suo *dominus*. Sul testo si veda *infra*, 109.

⁶ Avremo modo, in sede di conclusioni, di ritornare su tale specifico punto.

⁷ SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 53 ss.

⁸ Si tratta di un dato fuor di ogni dubbio, su cui si possono leggere le ampie osservazioni in F. ADORNO, *La filosofia antica* II, Milano 1976, 37 s., cui *adde* bibliografia citata alla nt. 18.

⁹ In tal guisa infatti esse sono state esaminate dalla letteratura, anche meno recente. Ricordo qui almeno C.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten* I, Marburg und Leipzig 1863, 670 ss.; CH. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne* II, Paris 1889, 17 ss.; CARUSI, *L'azione Publiciana* cit., 188 ss. Si vedano poi in tempi più vicini a noi: A. EHRHART, *Iusta Causa Traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930, 19 ss.; M. KASER, *In bonis esse*, in *ZSS* 78, 1961, 188 ss.; GREINER, *Opera Neratii* cit., 22 ss.; APATHY, *Die actio Publiciana* cit., 158 ss.; DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., 104 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Similitudines e interpretación jurisprudencial en un caso de venta a non domino de un fundo ajeno*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo* I, Napoli 1997, 275 ss.; J.M. CUESTA SAENZ, *La accion Publiciana*, Madrid 1984, 78; MAIFELD, *Die aequitas* cit. 32 ss.; G. THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte D.19.31.2 und D.6.2.9.4*, in *ZSS* 111, 1994, 197 ss.; VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana* cit., 107 ss.; EAD., *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*, in M. LUPOI (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2016 (= *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova 2006, 609 ss.); EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in *Scritti per A. Corbino*, Tricase 2016, 331 ss.; M.J. TORRES, *Doble venta y venta a non domino: del derecho romano al derecho comunitario europeo*, in *Riddrom*, abril 2014, 193 ss.; F. WUBBE, *Luchtledige Rechtswetenschap*, in *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric Pool*, Pretoria 2005, 434 ss. Da ultimo, S.A. CRISTALDI, *In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D. 19.1.31.2 e D. 6.2.9.4*, in *RGDR* 34, 2020, 1 ss., pubblicato anche in *CGDV* 7, 2020, 1 ss. cui mi riferirò d'ora innanzi e a cui rinvio per ulteriori ragguagli bibliografici.

D.19.1.31.2, Ner. 3 *membr.*: *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.*

Il caso prospettato nel passo, anch'esso escerpito, come si diceva, dal terzo libro delle *membranae* è incentrato sull'ipotesi della doppia vendita da parte del *non dominus*. Avendo i due acquirenti ottenuto la disponibilità del bene in buona fede, Nerazio ritiene che dovrà essere tutelato colui che per primo ha ricevuto la cosa, a prescindere dal fatto che abbiano entrambi acquistato dal medesimo non proprietario o da due diversi proprietari. Tuttavia, precisa il giurista, se uno dei due abbia acquistato dal proprietario, allora dovrà essere tutelato in ogni caso¹⁰. V'è da notare che per

¹⁰L'avverbio *omnimodo* ricorre in altri due frammenti di Nerazio, entrambi appartenenti alle *membranae*, D. 24.1.44, tratto dal libro 5 e D. 44.4.11.1, escerpito dal libro 4. In D. 24.1.44, Nerazio scrive: *Si extraneus rem viri ignorans eius esse ignorant uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. Idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse uxori patris donaverit. Sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. Ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum acquisitioni domini eius adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibita sunt.* Il passo verte sul tema, caro a Nerazio, dell'errore (lo si ritroverà ancora in un celebre brano delle *membranae*, da considerarsi forse come la *summa* del pensiero del giurista, D. 22.6.2, Ner. 5 *membr.*: *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat* che esamineremo più avanti, pag. 20) a proposito della donazione tra coniugi. Il caso viene introdotto da una prima ipotesi secondo la quale se un estraneo abbia donato una cosa, di proprietà di un marito, alla moglie di quest'ultimo, senza saperlo, circostanza ignorata poi sia dal marito che dalla moglie, la donna la potrà usucapire. A tale ipotesi viene assimilata quella in cui, chi era in potestà del marito, credendo di essere soggetto autonomo, abbia effettuato una donazione alla moglie del padre. Tuttavia, aggiunge Nerazio, se invece il marito fosse venuto a conoscenza che la cosa donata era sua e, pur potendo rivendicarla prima che fosse usucapita abbia a ciò coscientemente rinunciato, nella consapevolezza della moglie, allora quel possesso sarà interrotto perché si transita ad una *causa donationis*. Di poi il giurista specifica quanto da lui stesso sino a quel punto dichiarato e cioè che *propius est* dire che la conoscenza della donna non impedisce l'acquisto della proprietà da parte sua, in quanto *non omnimodo* è proibito alle donne di acquistare beni del marito, ma solo in virtù di una donazione da lui eseguita. L'avverbio è espresso qui in accezione negativa e serve a sottolineare l'assenza di una generalità di casi in cui quel dato regime

entrambi gli acquirenti la vendita si è conclusa *sine dolo malo* e ciò li pone evidentemente su un piano di sostanziale parità iniziale, punto nevralgico del caso su cui Nerazio interviene.

Sebbene non vi sia espressa menzione dell'azione Publiciana, tuttavia è

ha vigore (dubita della genuinità del passo, J.G. WOLFF, *Zum Verbot der donatio inter virum et uxorem*, in *IURA* 20, 1969, 478 ss., ma si leggano le osservazioni più che convincenti di KASER, *Nerat. D. 24.1.44*, in *TR* 30, 1962, 336 ss. e, in senso adesivo, da ultimo, P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazione fra coniugi nell'esperienza giuridica romana I. Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, Lecce 2018, 84 ss.). Ancora più significativamente si esprime D. 44.4.11.1: *In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolus omnimodo puniatur, etsi non ali cui, sed ipsi, qui eum admisit, damnosus futurus erit*, ove il valore del sintagma *omnimodo* vale addirittura a sostenere una *regula*, quella per cui il dolo va in ogni caso punito, anche se cagiona il danno solo al suo artefice. Siamo con evidenza di fronte ad una testimonianza chiave per molti aspetti. Intanto ci attesta che l'avverbio introduce con certezza una disciplina generale, omnicomprensiva, che non contempla eccezioni e come tale, del tutto funzionale rispetto ad una metodologia argomentativa che tenda verso la costruzione del diritto in proposizioni generali. Inoltre, questo è, escludendo l'intitolazione dei *libri regularum*, l'unico testo neraziano in cui è presente il termine *regula*, tanto che P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966, 108, nt. 2, pensò ad una sua origine compilatoria. La soluzione dello studioso viene in realtà smentita dallo stesso tenore del paragrafo 1 in esame, dove proprio la presenza di *omnimodo*, confermata in altri due luoghi delle *membranae* neraziane, vale a destituirli di fondamento. Infine, il passo rivela uno sguardo di fondo del giurista, rapportato all'universalità – *in universum* – del mondo giuridico di cui forse egli avverte la vastità e pertanto, la necessità di operare verso la costruzione di principii generali e regolatori, nel tentativo di limitare e di preservare quello stesso universo (proprio Nerazio, in altro luogo delle *membranae*, libro 6, D. 1.3.21, avrà a dire: *Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*, sul quale *infra*, 20). Ritorniamo sulla visione neraziana del *ius*, in diversi momenti e in fase di conclusioni del presente studio. Un'ultima, marginale, osservazione: alcuni punti in comune presenta D. 44.4.11.1 con D. 44.4.18, Ulp. 76 *ad ed.*, in cui è detto: *Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit. Et puto recte defendi, si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito eius dolo, hoc est si ante acceptum iudicium dolo quid fecerit, esse excipiendum, si vero non in rem suam, dolum praesentem in exceptionem conferendum. Si autem is procurator sit, cui omnium rerum administratio concessa est, tunc de omni dolo eius excipi posse Neratius scribit*, sul quale, soprattutto, si veda V. ARANGIO-RUIZ, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, in *Scritti di diritto romano* II, Napoli 1974, 253. Al di là delle problematiche presenti, il testo ulpiano ci conferma la riflessione di Nerazio in merito alla concessione di eccezioni di fronte al dolo del *procurator*, argomento su cui verte tutto D. 44.4.11 (su cui si possono leggere le dense pagine di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana* II, Milano 1973, 734), e che ci permette forse di guardare alla genuinità del paragrafo 1 con minore sospetto.

parere consolidato in letteratura¹¹ che essa debba ritenersi implicitamente presente e ciò sia perché si tratta di una testimonianza contenuta nella medesima sede in cui compare D. 6.2.17, il libro 3 delle *membranae* che tratta espressamente il tema; e poi, e soprattutto, in considerazione di un altro passo, stavolta di Ulpiano, in cui la concessione della *Publiciana* costituisce il punto nodale della tutela di due acquirenti proprio nel caso di doppia vendita *a non domino*:

D. 6.2.9.4, Ulp. 16 *ad ed.*: *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. Et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quae sententia vera est.*

Il quesito sollevato da Ulpiano nel frammento in esame verte su ciò: chi può avvalersi dell'azione *Publiciana* nel caso in cui la stessa cosa sia stata alienata a due compratori in buona fede, colui al quale è stata effettuata per primo la *traditio*, oppure colui che “*tantum emit*”? Il primo problema che una corretta esegesi del passo solleva riguarda in realtà proprio l'interpretazione dell'inciso “*tantum emit*”. Tale sintagma non può alludere alla circostanza per cui uno dei compratori abbia concluso l'*emptio venditio* senza tuttavia procedere alla *traditio* del bene, risultando, se così inteso, del tutto incomprensibile il tratto “*qui magis Publiciana uti possit*”, che per la sua stessa intelligenza presuppone l'effettuazione della *traditio* a favore di entrambi gli acquirenti *a non domino*. Oltretutto, risulterebbe priva di senso la specifica scansione di Giuliano riguardo ad una ‘*res...priori...tradita*’, che si riferisce con chiarezza a due *traditiones* succedutesi nel corso del tempo.

Per alcuni studiosi¹², più drasticamente, sarebbe sospetta la natura del

¹¹ Così, GREINER, *Opera Neratii* cit., 22 ss., il quale non esclude che la connessione logica evidente tra i testi implichi l'esistenza di un dibattito giurisprudenziale. Analogamente pensa SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e valori* cit., 197 nt. 97. In senso adesivo, DI LELLA, *Formulae ficticiae* cit., 66.

¹² Cfr. KASER, *In bonis esse* cit., 188. Pensa ad una glossa APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichtigentümer*, in *ZS* 99, 1982, 165. Al riguardo, MAIFELD, *Die aequitas* cit., 39 s., osserva: “Daher ist denkbar, daß eine mißverständliche Formulierung durch Ulpian selbst vorliegt”. A giudizio di KASER, *In bonis esse* cit., 188 ss., non sarebbe velleitario sostituire ‘*tantum emit*’ con ‘*prior emit*’, proposta di menda che ha trovato

sintagma ‘*tantum emit*’, cosa che permetterebbe di intendere il quesito posto da Ulpiano come relativo esclusivamente a quale dei compratori preferire, circa il regime di applicazione della *Publiciana*, ove fosse intervenuta una doppia vendita.

Assai di recente e con molta ragionevolezza si è invece argomentato ai fini di riconoscere al tenore attuale di D. 6.2.9.4 un’intima coerenza¹³, per cui il ‘*tantum emit*’ sarebbe da calare nel quadro complessivo del ragionamento ulpiano, ove si ricordi che la *traditio* può validamente realizzarsi anche in assenza di uno spostamento fisico della *res*. Nell’ipotesi infatti di beni non suscettibili di uno spostamento immediato, come le colonne ad esempio, esse venivano considerate *traditae* anche soltanto ove ricorresse il consenso e similmente dicasi per i fondi. Dunque, la fattispecie concreta potrebbe essere descritta in questo modo: di un bene immobile, si faccia l’esempio di un fondo, se ne effettua una *traditio longa manu*; lo stesso fondo poi viene venduto al soggetto che si trova fisicamente immesso nello stesso, considerando pertanto tale ultima vendita come realizzatasi con contestuale, effettiva, *traditio*. Avuto riguardo a tale orizzonte, Ulpiano si sarebbe chiesto quale dei due compratori *a non domino* dovesse essere preferito ai fini della concessione dell’azione *Publiciana*: colui che avesse acquistato per primo, senza ricevere il possesso della cosa, o colui che avesse acquistato successivamente, ottenendo tuttavia materialmente il bene¹⁴? E il giurista avrebbe risposto richiamandosi ad un parere di Giuliano, in base al quale tra i due compratori sarebbe stato da preferire colui che avesse ot-

d’accordo pure A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, ora in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica* cit., 123 e VACCA, *Il duplex dominium e l’actio Publiciana* cit., 108 nt. 42. Il tentativo, invece, di operare la sostituzione del sintagma in oggetto con l’espressione ‘*eam tum tenet*’, operato da TH. MOMMSEN, in TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti* I, Berolini 1870, 213, lo rileva CRISTALDI, *In tema di doppia vendita* cit., 25, non ha avuto seguito in dottrina.

¹³ CRISTALDI, *In tema di doppia vendita* cit., 26 ss. Rileva lo studioso, 25 nt. 27, come analoga situazione si sarebbe potuta verificare a proposito di tutte quelle merci che, sebbene mobili, potevano essere consegnate anche attraverso una mera ‘identificazione’, come uno schiavo o degli animali. E rispetto alle quali la *traditio* avrebbe potuto compiersi innumerevoli volte e tra soggetti diversi.

¹⁴ G. VON BESELER, *Miscellanea*, in *ZSS* 45, 1925, 436, posta una non totale corrispondenza tra il responso avanzato da Giuliano e l’interrogativo di Ulpiano, riteneva che esso avrebbe dovuto essere corretto in questi termini: “*Si duobus <res> [quis] ven[d]it[d]erit...*”. Ma già THIELMAN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigtes* cit., 202, aveva rilevato la sostanziale armonia tra le due parti del frammento.

tenuto per primo il possesso della *res*, anche se l'acquisto si fosse realizzato in un secondo momento.

Specifica poi ulteriormente Giuliano che nell'ipotesi in cui i compratori abbiano acquistato da due diversi *non domini* a prevalere è colui che possiede rispetto a chi cerchi di recuperare il possesso con l'azione Publiciana.

Ora non è difficile vedere come tale interpretazione riesca a gettare luce pure sulla soluzione neraziana che qui interessa più da vicino e dalla quale si è presi le mosse. Nell'ipotesi assunta in esame da Nerazio entrambi i compratori, privi del possesso della cosa, vogliono recuperarla presso il terzo, dunque ciò che si chiede il giurista è a chi dei due soggetti debba essere riconosciuta la *Publiciana*, laddove parrebbe che per Giuliano il conflitto non sia tra compratori e terzo, ma tra gli stessi acquirenti, uno dei quali ha ottenuto il possesso, mentre l'altro vuole recuperarlo nei suoi confronti, confortato dalla circostanza di aver concluso per primo il contratto. Sia per Giuliano che per Nerazio, pur nella differenza delle fattispecie considerate, a prevalere sarà sempre colui che avrà per primo ottenuto la disponibilità della cosa mediante *traditio*¹⁵.

Viceversa, la soluzione tra i due giuristi diverge radicalmente quando si considerano due acquisti effettuati da due diversi *non domini*: qui mentre Nerazio continua a privilegiare il compratore che abbia ottenuto per primo il possesso del bene, Giuliano, seguito da Ulpiano, reputa giusto accordare tutela a colui che ha effettivamente l'oggetto. Pertanto, non si deve ravvisare alcun contrasto giurisprudenziale tra quanto contenuto in D. 19.1.31.2 e quanto riferito in D. 6.2.4 perché le fattispecie concrete poste alla base delle rispettive soluzioni non coincidono¹⁶: laddove Nerazio nel primo testo si

¹⁵ Sul punto, E. HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage mit Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch*, Stuttgart 1874, 94 ss.

¹⁶ Per queste considerazioni – in cui faccio mie le conclusioni di CRISTALDI, *In tema di doppia vendita* cit., 25 ss., – non ritengo di dover accogliere quanto sostenuto da VACCA, *Il duplex dominium e l'actio Publiciana* cit., 107 ss. (cfr., inoltre, EAD., *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento* cit., 609 ss. e EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino* cit., 331 ss.) a giudizio della quale la coincidente soluzione di Nerazio e Giuliano in merito agli acquisti effettuati dal medesimo *non dominus*, si spiegherebbe pensando che il venditore, all'atto della *traditio*, avrebbe perso la disponibilità del bene, ed anche se in un secondo momento ne avesse riacquisito il possesso per trasmetterlo all'altro compratore, non avendone più la disponibilità, non avrebbe potuto trasferirlo validamente. Laddove invece, i due compratori abbiano acquistato da due diversi *non domini*, a prevalere sarebbe comunque il possessore attuale, potendo eccepire all'attore "un titolo altrettanto forte, in relazione al quale la causa d'acquisto del vendicante non ha alcuna in-

riferisce al caso in cui entrambi i compratori da due diversi *non domini* abbiano perduto il possesso dell'oggetto, nel secondo Giuliano esamina l'ipotesi in cui uno dei due compratori soltanto è pure il possessore, entrambi hanno ottenuto la *traditio*, ma solo uno dei due ne ha acquistato effettivamente la disponibilità e ciò giustifica il suo interesse a recuperare il bene giudizialmente.

1.1. *Segue*: la tutela dominicale quale interesse privilegiato in Nerazio

Chiarito dunque il rapporto tra le fonti e risolto il possibile nodo interpretativo tra Nerazio e Giuliano (Ulpiano), si possono riprendere a rileggere con maggiore serenità i due frammenti neraziani per coglierne gli elementi caratterizzanti. Osservo subito come sia in D. 6.2.17 che in D. 19.1.31.2 Nerazio, oltre a conferire specifico risalto alla posizione del possessore, anche rispetto a colui il quale abbia concluso la compera per primo, evidenzia con chiarezza una sua attenzione privilegiata verso gli interessi del proprietario. Addirittura parrebbe non del tutto improbabile intravedere nei due testi una sorta di gradualità di situazioni che Nerazio sviluppa nel libro 3 delle *membranae*, in un ordine che non risulta casuale. Innanzitutto, negli acquisti *a non domino*, lo sguardo di Nerazio si concentra sulla sussistenza della buona fede in capo all'acquirente, per ricavarne che, di fronte a tale condizione psicologica nei due acquirenti, andrà preferito colui che per primo ha effettuato l'*adprehensio* dell'oggetto. Ma, in ogni caso, si delinea l'importanza della situazione dominicale, per cui un *ius* poziore va riconosciuto a colui il quale abbia comprato dal proprietario. Il fondamento di tale titolo preferenziale è ravvisato dal giurista sepinato intanto in un primo *argumentum*, per cui l'azione Publiciana che dovrebbe tutelare, al contrario, il *possessor bonae fidei* anche nei confronti del *dominus*, si chiarisce che non sia stata introdotta per depauperare la posizione dominicale dal momento che la sua *ratio* giustificativa riposa sull'*aequitas*. Come dire che, se esiste un'equità nelle situazioni possessorie da rintracciare di volta in volta per conferire una *iusta* tutela alla situazione più meritevole, esiste pur tuttavia, parallelamente pure un'equità che legittima il rispetto della posizione del proprietario *iure civili*.

terferenza". Il ragionamento di Giuliano, pertanto, appare, secondo la studiosa, correttivo di quello di Nerazio, all'interno del quale non v'è distinzione tra acquisto dal medesimo *non dominus* e acquisto da diversi *non domini*.

Secondariamente, il riconoscimento dell'*exceptio* 'si ea res possessori non sit', che, evidentemente, il giurista percepisce come rimedio giurisdizionale di opposizione alle pretese di spossessare il *dominus* della sua cosa e, come tale, apprestato per la difesa del *dominus* medesimo nel suo rapporto con l'oggetto di appartenenza. Non appare dubbio, pertanto, che la visione del giurista traiano risulti ritagliata sulla logica della salvaguardia della proprietà civilistica, senza tuttavia trascurare di considerare i possibili conflitti tra le posizioni di chi abbia acquistato *a non domino* in buona fede e rispetto alle quali privilegiato appare il rapporto instaurato tra il compratore che abbia ottenuto il possesso in esecuzione del contratto di *emptio venditio*, anche rispetto a chi abbia concluso il contratto per primo, senza tuttavia aver ricevuto materialmente la *res*.

Nella storiografia ci si è a lungo interrogati circa tale atteggiamento di protezione degli interessi dominicali da parte di Nerazio. E mentre alcuni studiosi come Maifeld non hanno ritenuto di dover ascrivere ad esso alcuna particolare connotazione ideologica, come è noto Scarano Ussani ha viceversa creduto, lo si accennava poc'anzi, di rinvenire nei suoi fondamenti un particolare legame col pensiero stoico che, proprio in quegli anni, si andava diffondendo soprattutto presso i più alti strati della società romana. Proprio infatti all'interno delle trame dello stoicismo del I-II secolo d.C., centrale sembrava il problema della conservazione della proprietà privata, in merito al quale vivo doveva presentarsi, da tempo, il dibattito politico¹⁷.

¹⁷ Osserva M. POHLENZ, *La Stoa. Storia di un movimento spirituale* I (tr. it. di O. De Gregorio), Firenze 1967, 541, come mentre Tiberio Gracco si richiamava allo scolaro Antipatro Blossio e all'antico precetto stoico dell'uguaglianza degli uomini, Panezio sosteneva con forza "la santità della proprietà privata". Che la penetrante e diffusa teoria paneziana avesse colto ed anche ispirato Cicerone ce lo conferma un noto brano del *de officiis*, 2.21.72-73: *Sed, quoniam de eo genere beneficiorum dictum est, quae ad singulos spectant, deinceps de iis, quae de universos quaeque ad rem publicam pertinent, disputandum est. Eorum autem ipsorum partim eius modi sunt, ut ad universos cives pertineant, partim, singulos ut attingant, quae sunt etiam gratiora. Danda opera est omnino, si possit, utrisque, nec minus, ut etiam singulis consulatur, sed ita, ut es res aut prosit aut certe ne obsit rei publicae. C. Gracchi frumentaria magna largitio exhauriebat igitur aerarium; modica M. Octavi et rei publicae tolerabilis et plebi necessaria; ergo et civibus ut rei publicae salutaris. 73 In primis autem videndum erit ei, qui rem publicam administrabit, ut suum quisque teneat neque de bonis privatorum publicae deminutio fiat. Perniciose enim Philippus, in tribunatu cum legem agrariam ferret, quam tamen antiquari facile passus est et in eo vehementer se moderatum praebuit; sed cum in agendo multa populariter, tum illud male «non esse in civitate duo milia Hominum, qui rem haberent». Capitalis oratio est. Ad aequationem bonorum pertinens, qua peste quae potest esse maior? Hanc enim ob causam maxime, ut sua tenerentur, res publicae*

Recenti ed accurati studi¹⁸ hanno a più riprese dimostrato come la necessità di recuperare i valori tradizionali tipici della aristocrazia non a caso

civitatesque constitutae sunt. Nam, etsi duce natura congregabantur homines, tamen spe custodiae rerum suarum urbium praesidia quaerebant. “Ma poiché abbiamo già parlato dei benefici che ineriscono ai singoli, adesso parleremo di quelli che si riferiscono a tutti i cittadini senza distinzioni: e questi sono i maggiormente graditi. Se possibile, si provi ad essere di giovamento agli uni e agli altri, ai secondi non meno che ai primi, purché il beneficio sia efficace o almeno, non si riveli dannoso per la *Respublica*. La distribuzione di grano voluta da Gaio Gracco fu eccessiva e cagionò l’impoverimento dell’erario; quella di Marco Ottavio più moderata, così che per la *Respublica* fu sopportabile e per la plebe necessaria: utile per i cittadini e per la *Respublica*. 73. L’uomo politico dovrà soprattutto badare che ciascuno mantenga ciò che è suo e che le proprietà private non siano diminuite da parte della *Respublica*. Pericolosa fu la condotta di Filippo, quando propose nel suo tribunato la legge agraria: è vero che la lasciò cadere, e per ciò fu molto remissivo; ma mentre disse nei suoi discorsi molte cose per attrarre a sé le simpatie del popolo, sbagliò poi a dichiarare che nella *civitas* non vi erano duemila proprietari. Parole deplorevoli tendenti all’eguagliamento dei beni, esiste forse un morbo più terribile di questo? Le *Respublicae* e le *civitates* furono ordinate proprio affinché ciascuno mantenesse le sue proprietà. Infatti gli uomini, sebbene sospinti per istinto ad unirsi tra di loro, cercavano il presidio delle *civitates* nella speranza di conservare i loro beni” (la traduzione è mia). Sul brano rinvio alle riflessioni di O. SACCHI, *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio e l’influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell’epoca scipionico-cesariana*, in RIDA 52, 2005, 325 ss.

¹⁸SACCHI, *Le nozioni di stato e di proprietà in Panezio cit.*, 325 ss.; ID., *Pitagorismo, stoa e diritto commerciale romano nei secoli IV-I a.C.*, in *Ius Antiquum-Drevnee Pravo* I, 31, 2015, 53 ss., con bibliografia. Si può ritenere oggi ampiamente superata la prospettiva di SCHULZ, *I principii del diritto romano* (tr. it. di V. Arangio Ruiz), Firenze 1949, 112, secondo cui “certa pieghevolezza a suggestioni filosofiche” sarebbe appartenuta solo all’epoca postclassica. In argomento, oltre al tradizionale ma ancora imprescindibile lavoro di POHLENZ, *La Stoa cit.*, si possono vedere, almeno, P.A. VANDER WAERDT, *Philosophical Influence on Roman Jurisprudence? The case of Stoicism and Natural Law*, in ANRW 36, 1994, 4851 ss.; L. WINKEL, *Le droit romain et la philosophie graecque, quelques problèmes de méthode*, in Tj 65, 1997, 373 ss.; E. VIMERCATI, *Il pensiero filosofico-politico di Panezio: ipotesi per una sua ricostruzione*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* 92, 2000, 386 ss.; ID., *Il mediostocismo di Panezio* (Presentazione di Roberto Radice), Milano 2004, *passim*; ID., *Tre studi recenti sull’oikeiosis e sul fondamento della morale stoica*, in *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* 4, 2007, 573 ss. Per una visione generale e sensibilissima, rinvio agli studi di A. GRILLI, e, specialmente a: *L’opera di Panezio*, in *Paideia* 9, 1954, 337 ss.; *Lo stoicismo antico: Zenone, Cleante, Crisippo. Lo stoicismo di mezzo: Panezio e Posidonio. L’accademia del I secolo e Cicerone. Stoicismo ed epicureismo nell’età imperiale: Seneca, Epitteto, Marco Aurelio*, in *Storia della filosofia diretta da M. Dal Pra* IV. *La filosofia ellenistica e la patristica cristiana dal III secolo a.C. al V secolo d.C.*, Milano 1975, 63 ss.; *Stoicismo Epicureismo Letteratura*, Brescia 1992, *passim*. Sull’opera di Panezio e i frammenti a lui riferibili, M. VON STRAATEN, *Panetii Rhodii fragmenta*, Leiden 1992, *passim*.

avesse trovato la sua più strenua difesa già negli scritti di Cicerone, che in tal modo proteggeva gli interessi del partito degli ottimati di contro all'avanzata dell'epicureismo¹⁹. Valori che poi erano stati divulgati in Roma soprattutto dallo stoicismo paneziano e che nell'Arpinate trovavano la propria giustificazione politica, prima ancora che filosofica. La nota polemica ciceroniana contro il pericolo delle espropriazioni 'di Stato'²⁰, certo metteva in risalto il fondamento paneziano della filosofia proprietaria, ma soprattutto ne svelava il fine tutto politico e strumentale. Nerazio mostra di accogliere tale visione che forse recupera proprio da Cicerone, prima ancora che dal pensiero del filosofo di Rodi. La lucida accettazione da parte del giurista proculiano dell'equità come valore fondante della propria *scepsi* fa da eco a quella luminosa e razionalissima concezione riportata in *de off.* 1.9.30, secondo cui essa *aequitas* "lucet ipsa per se, dubitatio cogita-

¹⁹Penso qui per tutti allo studio puntuale e completo svolto da R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, *passim* (e ID., *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*. Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011, a cura di A. Lovato, Bari 2013, 37 ss.) la cui analisi lucida andrebbe attentamente considerata ogniqualevolta si pretenda di trarre conclusioni troppo definitive sul rapporto tra Cicerone e la filosofia. Mi limito qui, per ovvie ragioni, a ricordare un solo passaggio dell'autore che scolpisce, a mio avviso, con chiarezza i confini di quel rapporto, 41 s. "Io credo che la scelta (*ndr.* dello stoicismo, da parte del retore) sia stata determinata essenzialmente da due fattori. Innanzitutto dalla maggiore semplicità dell'etica stoica, dalla sua radicalizzazione di istanze che nelle altre dottrine di discendenza 'socratica'... erano troppo sofisticate, e mal si prestavano all'operazione politica di Cicerone. In secondo luogo... per la maggiore compatibilità della dottrina stoica con i valori tradizionali romani, che Cicerone vuole trasmettere al ceto medio per attrarlo al partito conservatore". Tali considerazioni non implicano tuttavia di necessità che il compito assunto dell'Arpinate – conciliare le categorie filosofiche greche alla cultura romana in modo del tutto strumentale ad un altro e ben più importante obiettivo, avvicinare i romani al partito dei conservatori – si risolva in un tentativo posticcio e privo di conseguenze. Tutt'altro. Quel pensiero così abilmente costruito sarà infatti destinato non solo ad esercitare una notevole influenza di lì a poco, ma può dirsi aver avuto anche ricadute importanti nei secoli successivi. È quanto si verifica proprio per la teoria della proprietà ciceroniana, intesa come elemento indispensabile per tenere salda la *res publica*, che pare assurgere a motivo ispiratore per le dottrine politico-filosofiche apparse in Europa tra 1600 e 1700. È ben noto ad esempio, il richiamo alla difesa della 'property', come compito supremo dello Stato, che ispira i *Two Treatises of Government* di J. Locke, pubblicati a Londra per la prima volta nel dicembre del 1689. Sul tema, alcune osservazioni recentemente in G. HAMZA, *Il potere (lo Stato) di Cicerone e la sua attualità*, in *RIDROM* (Abril 2013).

²⁰*De off.* 2.21.73, riportato poco sopra, nt. 17.

tionem significat iniuriae". La conclusione per cui l'equità avrebbe in sé una luce chiarificatrice oltretutto va di pari passo con l'esigenza neraziana di risolvere i dubbi, rimuovere i nodi che impediscono di cogliere le profonde *rationes* su cui il diritto deve poggiarsi e che non vanno in alcun modo sovvertite, come il giurista profondamente avverte in un altro suo celebre passaggio, sempre tratto dalle *membranae*²¹:

D. 1.3.21, Ner. 6 *membr.*: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.*

Nel testo si disvela un disegno preciso, quello di mantenere le *rationes* intatte, vale a dire i principii su cui si era costruita la scienza giuridica sino ad allora, indirizzato, con ogni probabilità, alla formazione di un *ius finitum*, non modificabile nei suoi consolidati cardini interpretativi: ed è quanto si legge in un altrettanto celebre testo neraziano:

D. 22.6.2, Ner. 5 *membr.*: *In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debebit, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*²².

²¹ Tradizionalmente il passo è letto unitamente a D. 1.3.20, Iul. 55 *dig.*: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.* "Non di tutto ciò che è stato stabilito dai nostri antichi può essere resa una spiegazione razionale", secondo la traduzione di F.P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 53.

²² Sull'interpretazione del passo, GREINER, *Opera Neratii* cit., 47 s.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80, 1977, 302 s.; SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 5 ss.; S. NAPPI, *Ius finitum*, Bari 2005, *passim*. Sulla problematica dell'errore ivi descritta, soprattutto U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, *passim*; TH. MAYER-MALY, *Error iuris*, in *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von A. Verdross*, Berlin 1980, 150 ss.; WINKEL, "Error iuris nocet": *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung I. Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian*, Zutphen 1985, *passim*; P. CERAMI, "Ignorantia iuris", in *SCDR* 4, 1993, 57 ss.; J.M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, in *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle-Genève-Münich 1999, 67 ss.; WINKEL, *Parerga et paralipomena ad errorem iuris*, in *Iurisprudencia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag*, Köln-Weimar-Wein 2002, 901 ss. Alcune considerazioni in FRUNZIO, *L'error iuris*, in *Iulius Paulus* cit., 57 ss. Osserva SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano* cit., 46 s., come l'immagine disegnata da Nerazio del *ius finitum* paia alludere ad un'idea di raggiunta perfezione, che, con ogni probabilità, doveva coniugarsi al rifiuto di un'ipotesi di progresso, di cambiamento, forse frutto di idee aristoteliche e stoiche sulle caratteristiche del sapere. In verità, è ben noto come simili suggestioni, peraltro sapientemente indotte

Questa difesa delle ragioni costituite, tipiche dell'*interpretatio* giurisdizionale, certo si poneva in una linea di continuità, sebbene non priva di nuovi innesti, con il più ampio progetto ciceroniano di 'legittimazione' del *ius* che, pur incardinandosi nella tradizione civilistica e nelle sue figure più caratterizzanti, non esitava ormai a fare i conti con il diverso volto, poco rassicurante, della nuova Roma. L'idea di un diritto capace di raccogliere in sé forme di voluto arcaismo e di guardare, al tempo, alla luce dell'*aequum* pretorio rappresentava la giusta risposta al cambio degli assetti dei rapporti sociali.

Va da sé che l'orizzonte in cui Nerazio si muove non sia più rappresentato dal coacervo tra disgregazione e rinascita, tipico dell'età ciceroniana, e pur tuttavia quell'insistere sui valori tradizionali in cui innestare l'*aequitas*, adesso riscattata dal binomio dell'*aequum* e del *bonum* di origine pretoria e capace di assurgere essa stessa a cardine del concetto composito di *ius*, ne segna in qualche modo la vicinanza, l'affezione ad un modello da cui prendere le mosse. Così l'Arpinate, ancora molto giovane, descriveva²³, pur

anche da certa propaganda politica, serpeggiassero da decenni, in specie sin dall'epoca augustea. In argomento, I. LANA, *Scienza e politica in età imperiale (da Augusto ai Flavi)*, in AA.VV., *Tecnologia economia e società nel mondo romano. Atti del convegno di Como 27-28-29 settembre 1979*, Como 1980, 35 ss. Più di recente, E. ROMANO, *L'ambiguità del nuovo: res novae e cultura romana*, in *Laboratorie italiani. Politique et société* (on line) 6, 2006, 17 ss.

²³ Appare opportuno riprodurre il notissimo testo, *pro Caec.* 25.70 ss.: 70. *Nam qui ius civile contemnendum putat, is vincula revellit non modo iudiciorum sed etiam utilitatis vitaeque communis; qui autem interpretes iuris vituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus non de iure civili detrahit; sin peritis non putat esse optemperandum, non homines laedit, sed leges ac iura labefactat. Quod vobis venire in mentem profecto necesse est, nihil esse in civitate tam diligenter quam ius civile retinendum. Etenim hoc sublato nihil est qua re exploratum cuiquam possit esse quid suum aut alienum sit, nihil est quod aequabile inter omnibus atque unum omnibus esse possit.* 71. *Itaque in ceteris controversiis atque iudiciis cum quaeritur aliquid factum necne sit, verum an falsum proferatur, et fictus testis subornari solet et interponi falsae tabulae, non numquam honesto ac probabili nomine bono viro iudici error obici, improbo facultas dari ut, cum sciens perperam iudicavit, testem tamen aut tabulas secutus esse videatur. In iure civili est eius modi, recipiatores, non tabulae falsae, non testis improbos, denique nimia ista quae dominatur in civitate potentia in hac solo genere quiescit; quid agat, quo modo adgrediatur iudicem, qua denique digitum proferat, non habet.* 72. *Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecondo nomine quam gratioso: "iudicia hoc factum esse aut numquam esse factum [creatum]; crede huic testi, has comproba tabulas" – hoc non potest: "statuae cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudicia quod mulier sine tutore auctore promiserit deberi". Non est aditus ad huiusce modi res neque potentiae cuiusquam neque gratiae; denique, quod maius hoc sanctiusque videatur, ne pretio quidem*

corrumpi iudex in eius modi causa potest. 73. Iste vester testis qui ausus est dicere fecisse videri eum de quo ne cuius rei argueretur quidem scire potuti, is ipse numquam auferet iudicare deberi viro dotem quam mulier nullo auctore dixisset. O rem praeclaram, vobisque ob hoc retinendam, recipere! Quod enim est ius civile? Quod neque inflecti gratia neque perfringi potentia neque adulterari pecunia possit; quod si non modo oppressum, sed etiam desertum aut negligentius aderservatum erit, nihil est quod quisquam sese habere certum aut a patre accepturum aut relicturum liberis arbitretur. 74. Quid enim refert aedi aut fundum relictum a patre, aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est quae tua iure mancipi sint, ea possine retinere, si partum est communitum ius [si] civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest? Quid, inquam, prodest fundum habere, si, quae diligentissime descripta a maioribus iura finitum, possessionum, aquarum itinerumque sunt, haec perturbari aliqua ratione commutarisque possunt? Mibi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus quam ab eis a quibus illa ipsa bona nobis relicta sunt. Num ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur. 75. Quapropter non minus diligenter et aquae a maioribus acceptis, publica patrimonium iuris quam privatae rei vestrae retinere debetis, non solum quod haec iure civili saepa sunt, verum etiam quod patrimonium unius incommodo dimittetur, ius admitti non potest sine magno incommodo civitatis. “Chi infatti ritiene che non si debba tenere in alcun conto il diritto civile, spezza ogni legame comunitario, non solo per quanto attiene ai processi, ma proprio riguardo alla vita stessa e al bene comune. E chi rimprovera gli interpreti del diritto, e li dichiara incapaci di comprenderlo, sminuisce l’umanità, non solo il diritto civile. E se poi ritiene che non sia necessario obbedire ai giuristi, non colpisce gli uomini, ma scuote le fondamenta stesse delle leggi e del diritto. perché questo bisogna che abbiate sempre presente: che in una comunità cittadina non c’è nulla che si debba custodire tanto gelosamente quanto il diritto civile. E infatti, se lo si toglie via, viene meno ogni mezzo per accertare cosa sia proprio e cosa altrui, manca ogni misura di uguaglianza, che possa valere per tutti. E così, nelle altre controversie e processi, quando si vuole accertare se sussista o no un fatto, se si dica il vero o il falso, capita spesso che si subordini un falso testimone, che si esibiscano tavole false, e talvolta accade che un giudice retto sia tratto in errore da un’apparenza di verosimiglianza e di correttezza, e che uno disonesto riesca, mentre sa d’aver pronunciato una sentenza iniqua, a far credere d’essersi fondato su un testimone o sui documenti. Ma fin quando si resta nell’ambito del diritto non c’è nulla di simile, o giudici: non documenti falsi, non testimoni corrotti; insomma tutta quell’eccessiva potenza che domina nella società, qui, in questo solo campo, s’acquieta: non ha modo d’agire, di arrivare ai giudici, insomma, di muovere un dito. Perché questo un uomo non tanto scrupoloso quanto influente può dire a un giudice: «decidi che il fatto c’è stato o non c’è stato, che credi a questo testimone, che convalidi questi documenti», ma non può dirgli questo: «decidi che non è nullo il testamento di colui al quale sia nato dopo un altro figlio legittimo» o «giudica che l’obbligazione da una donna senza l’autorizzazione del suo tutore sia valida». Davanti a questo tipo di questioni è sbarrata la strada a qualunque potenza e a qualunque influenza [...]. Che cos’è infatti il diritto civile? È qualcosa che non è possibile piegare con

nell'indubbia finalità retorica e nel disvelato obiettivo di tirare dalla sua parte i *recuperatores*, aggiudicandosi così la vittoria nella causa, emerge una composita visione: da un lato, l'esaltazione ancora dei valori aristocratici restituiti dalla tradizione e adesso messi a dura prova dalle vicende politiche; dall'altro, come poco sopra si accennava, l'avanzata di un nuovo *ius*, capace di raccogliere in sé quei valori affermandosi, tuttavia, come un insieme complesso e autonomo. Uno *ius*, è bene chiarirlo sin d'ora, tendente all'onestà, alla giustizia, *aequabilis*, in altre parole, un insieme di valori da custodire gelosamente e che ci restituisce un affresco tanto efficace quanto evocativo dell'immagine neraziana delle *rationes* da preservare, delineata in D. 1.3.21. Col consueto acume e l'altrettanta propria eleganza dell'espressione, Aldo Schiavone ha battezzato questo brano come "il luogo di fondazione del discorso occidentale sulla neutralità del diritto"²⁴, in cui alla fat-

l'influenza personale, né spezzare con la potenza, né snaturare col denaro; qualcosa che se verrà, non dico distrutto, ma anche soltanto messo da parte o custodito con poca attenzione, allora non ci sarà più nulla che ciascuno possa sentirsi sicuro di ricevere in eredità un giorno dal proprio padre, o di poter lasciare ai propri figli. Che importa che tu abbia una casa o un fondo lasciato dal padre, o acquistato onestamente in altro modo, se poi è incerto che tu possa mantenere stabilmente quel che ora è tuo secondo il diritto del «mancipio», come accadrebbe se il diritto civile non fosse sufficientemente tutelato e non potesse essere difeso, anche con legge pubblica, contro l'influenza di qualcuno? A che serve, dico, avere un fondo, se quei diritti descritti in modo tanto accurato dai nostri antenati – sui confini, sui possessi, sulle acque, sui passaggi – possono in qualche modo essere sovvertiti o mutati? Credetemi: l'eredità che, sui medesimi beni, riceviamo dal diritto e dalle leggi, è maggiore di quella che ci viene da coloro che quei beni stessi ci hanno lasciato. Infatti, perché io acquisti un fondo, basta il testamento di qualcuno, ma che io possa conservare quel che è diventato mio, sarebbe impossibile senza il diritto civile. Un fondo può essere lasciato in eredità dal padre; ma l'usucapione del fondo, ossia la fine di ogni preoccupazione o pericolo di lite, non deriva dal padre, ma dalle leggi. L'acqua da far passare o da attingere, il passaggio a piedi o su una bestia da soma, o col bestiame e i carri, li acquistiamo dal padre, ma la conferma fondata sull'autorità deriva dal diritto civile. Perciò, quando avete ricevuto dagli antenati, il patrimonio pubblico del diritto, voi dovete conservarlo non meno gelosamente di quanto fate con le vostre sostanze private, non solo perché queste ultime sarebbero indifese senza il diritto civile, ma anche perché un patrimonio singolo si perde a scapito di una sola persona, il diritto invece non si può perdere se non con il danno dell'intera collettività". Ho qui seguito la traduzione del brano di SCHIAVONE, *Ius* cit., 279 s.

²⁴ SCHIAVONE, *Ius* cit., 280. Osserva M. PANI, *Aequum bonum, vir bonus, bona fides: sul criterio della bontà di natura nel precetto romano*, in A. Lovato (a cura di), *Vir bonus: un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica* cit., 1 ss., come Cicerone sia stato capace di realizzare straordinari innesti di novità all'interno della tradizione. Lo stesso inserimento di idee propriamente importate dalla cultura greco-ellenistica, non si sarebbe in-

tualità, ambigua e sovente impregnata dalla falsità della realtà rappresentata, incurvata da testimoni corrotti, documentazioni false, giudici disonesti si oppone il diritto civile, tanto più convincente in quanto capace di autorigenerarsi in un nuovo spazio ove alle disuguaglianze sociali si andasse a sostituire un intoccabile metro di uguaglianza accessibile a tutti. La finalità retorica non riesce a cancellare la sopravvivenza di questo impianto, l'architettura di un diritto nutritosi dal buono e dall'equo pretorio, maturato nella coscienza della riflessione giuridica di Quinto Mucio e di Servio, aperto alla cultura greca e alle sue sollecitazioni filosofiche. Un diritto dunque atto a costituire il vero baluardo contro l'incertezza del presente, un diritto che si legittimava per la forza del passato e la complessità dei nuovi traguardi culturali a cui era giunto. Sotto altro, ma intimamente connesso profilo, il brano della *pro Caecina* appare, anche nell'uso di certi sintagmi, un modello per Nerazio²⁵. È proprio qui infatti che Cicerone ravvisa l'origine dell'*usucapio* nella necessità di arginare l'incertezza nelle situazioni possessorie, riducendo i rischi delle liti giudiziarie (...*hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium*). Tema che, non a caso, trovava nuovamente spazio in un ulteriore passaggio di Nerazio, D. 41.10.5pr.-1, ancora una volta appartenente alle *membranae* e, più precisamente, escerpito dal libro 5:

Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset. 1. Sed id, quod quis, cum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit eius existimatio quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod servum meum aut eius, cuius in locum hereditario iure

fatti determinato, ad opera dell'Arpinate, scalzando il patrimonio dei *mores*, ma esse sarebbero state amalgamate in un tutto unitario, cosa che giustifica, secondo lo studioso, la conclusione per cui la stessa tradizione dei *mores* doveva essere di tale materia da rendere possibile l'elaborazione di una simile "grandiosa operazione culturale".

²⁵ Ipotizza SCARANO USSANI, *Disciplina iuris e altri saperi* cit., spec. 230, che Nerazio avesse nutrito un rapporto nient'affatto marginale con Cicerone e, in particolar modo, con la *Pro Caecina* che negli anni della maturità del giurista con ogni probabilità era proposta da Quintiliano come un sicuro "riferimento" culturale. Lo stesso *ius finitum* rinviava, pure terminologicamente, ad un passaggio delle *Declamationes minores*, 309.9, nella frase "*non video quare non finitum ius sit*": sul punto già NAPPI, *Ius finitum* cit., 48 ss. Altre sicure ascendenze ciceroniane sul linguaggio di Nerazio sono visibili *infra* nt. 43, cap. II, tra cui la già evidenziata struttura di D. 6.2.17, in merito all'*aequitas* sottesa alla funzione 'protettiva' dell'*actio Publiciana*, nt. 2, cap. II.

successi, emisse id falso existimem, quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.

Si tratta, a mio avviso, di un forte espediente retorico per giustificare la funzione dell'usucapione, la cui costituzione doveva essere stata tradizionalmente oggetto di discussioni e che introduce anche un altro importante elemento, quello della limitazione, del *finis*, che segna il termine dell'indefinito e del vago. L'esigenza di sottrarre il diritto dal pericolo della incertezza recuperando ad esso un'intrinseca forza che ne legittimi pure gli effetti, vive, con ogni plausibilità, nel pensiero di Cicerone come in quello del giurista di Sepino. Ma costui va oltre. Il diritto nel II secolo d.C. è ormai un'entità che non solo si annunciava completa ed autonoma a livello astratto, ma che da tempo si era sedimentata concretamente nell'editto del pretore, nella sistemazione scientifica di un secolare patrimonio giurisprudenziale, nella visione equitativa che adesso è percepita non solo come *pars* del *ius civile*, ma come *ius* essa stessa²⁶.

A questo punto Nerazio, che con evidenza si colloca sulla scia di Cicerone, può osare altro, sostenendo che il *ius civile* non solo abbia la capacità di arginare l'incertezza, ma che esso stesso possa e debba essere *finitum*, sottratto ad operazioni interpretative che elidano gli architravi su cui si era costruito, a cominciare da quegli stessi valori tradizionali richiamati da Cicerone: la proprietà privata, innanzitutto, che proprio in quel tempo riceveva una rinnovata luce, grazie alla diffusione dello stoicismo a Roma.

²⁶ Già in *Rhet. ad Heren.*, 2.19.1 (*Absoluta iuridiciali constitutione utemur, cum ipsam rem, quam nos fecisse confitemur, iure factum dicemus, sine ulla adsumptione extrariae defensionis in ea conventit quaeri, iurene sit factum. De eo causa posita dicere poterimus, si ex quibus partibus ius constet, cognoverimus. Constat igitur ex his partibus: natura, lege, consuetudine, iudicato, aequo et bono, pacto*), *bonum* ed *aequum* risultano parti del *ius*, una lezione questa – forse di matrice aristotelica – che segue pure Cicerone, *Top.* 5.28, in cui si avverte la sostituzione del sintagma '*bonum et aequum*' con il sostantivo '*aequitas*': *Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum cum res ea quae proposita est quasi in membra discernitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edicti magistratuum, more, aequitate consistat.* È del tutto legittimo dunque percepire, seguendo SCHIAVONE, *Ius* cit., 290 ss., l'*aequum* come sinonimo del principio cardine della giurisdizione pretoria, sostituito, poi nel tempo dall'*aequitas*: si tratterà adesso di un nuovo punto di riferimento dell'*interpretatio prudentium*, con cui si prende a guardare il *ius* nella sua interezza e non solo come *corpus* articolato in membra, saldandosi così, come spiega SCHIAVONE, *Ius* cit., 290 ss., il canone equitativo ispirato all'utilità sociale e modellato dai giuristi nelle situazioni concrete, al bivio tra pensiero retorico e pensiero giuridico.

Pertanto, credo plausibile cogliere nella posizione neraziana, almeno per quanto attiene ai due testi dai quali abbiamo preso le mosse, una concezione consapevole e matura del giurista proculiano, coerente alla sua visione non squisitamente conservatrice punto, ma di accogliimento di una tradizione culturale anteriore, di cui con certezza Cicerone era stato un autorevole e conosciuto portavoce. Così intendendo, non mi pare che le conclusioni cui giunge Scarano Ussani²⁷ a proposito dell'*aequitas* neraziana in termini di una *ratio* inerente all'ordinamento giuridico, possano essere facilmente contestate. Soprattutto, meritano di essere approfondite le ragioni e i moventi, sui quali ha insistito lo studioso partenopeo, quelle di carattere eminentemente culturale, ed è quanto faremo in sede di conclusioni – nonché il rapporto con la retorica e l'assunzione di alcuni modelli e valori all'interno della scepsti del giurista.

Di conseguenza appare arduo comprendere la conclusione di Maifeld sul punto, a giudizio del quale “Wie soeben schon dargelegt, ist das Anliegen des Juristen Abriß zu geben, sondern vielmehr anhand der *aequitas* den zu lösenden Konflikt allgemeingültig zu entscheiden”²⁸. Si avrà ancora modo di riflettere su tali esiti, ma intanto si può subito chiarire come, se il ricorso all'equità nei passi neraziani, poco sopra esaminati, rappresenti per il giurista l'applicazione di un criterio risolutivo all'interno di una controversia tra opposti e confliggenti interessi, questo non esclude che Nerazio abbia avvertito l'equità come valore costituito all'interno del sistema *ius*, tanto da renderla funzionale alla protezione della posizione dominicale e capace di apportare chiarezza in una determinata questione controversa. In altre parole, la declinazione dell'equità sul terreno della casistica non sminuisce la sua forza in termini generali, anzi, ne conferma la pregnanza proprio all'interno dell'ordinamento giuridico in cui si colloca ormai come canone ermeneutico indispensabile e indiscutibile nelle mani del giurista per la realizzazione degli obiettivi del nuovo diritto.

Ora, se si considera che proprio Nerazio potrebbe essere stato tra i primi giuristi ad utilizzare il termine *aequitas* e proprio in D. 6.2.17²⁹, forse e con molta prudenza, si potrebbe provare anche a spingersi più innanzi. È un dato credo non adeguatamente considerato in letteratura che proprio a partire da Nerazio, a quanto ci risulta, si sia preso ad affrontare il proble-

²⁷ SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 53.

²⁸ MAIFELD, *Die Aequitas* cit., 63.

²⁹ Lo sostiene SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 51.

ma del conflitto tra due acquirenti in connessione al riconoscimento dell'azione Publiciana in termini di equità. Più precisamente, è Giuliano che sembra raccogliere, come pure si è visto, la prospettiva neraziana di collocare simili ordini di problemi all'interno di una valutazione equitativa, considerato che in almeno altre tre testimonianze l'orientamento del giurista adrianeo in questa direzione è esplicitamente attestato. Le ripropongo qui in stretta sequenza:

D. 6.1.72, Ulp. 16 *ad ed.*: *Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. Nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summooveres. Sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

D. 44.4.4.32, Ulp. 76 *ad ed.*: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summooveretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si non suus esset' replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

D. 21.3.2, Pomp. 2 *ex Plaut.*: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summooveretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si non suus esset' replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

In tutti e tre i testi ritorna la medesima fattispecie concreta³⁰: Tizio vende il fondo di Sempronio, effettuandone contestualmente la *traditio* e ottenendone pure il prezzo. Poi, essendo Tizio medesimo divenuto erede di Sempronio, vende e trasferisce *eundem fundum* a Mevio. Tra i due

³⁰La paternità giuliana della soluzione sarebbe fuori di ogni dubbio già a giudizio di P. BONFANTE, *Sulla "exceptio rei venditae et traditae"*, in *Scritti giuridici varii 2. Proprietà e servitù*, Torino 1918, 458.

compratori, il giurista adrianeo ritiene più equo tutelare il primo³¹ acquirente la cui posizione sarebbe prevalente anche nei confronti dell'alienante divenuto proprietario: se Tizio medesimo infatti rivendicasse il fondo, la sua pretesa sarebbe paralizzata da una *exceptio in factum* o *doli mali*, così come se, avendo recuperato il possesso, fosse convenuto dal primo compratore con l'azione Publiciana, si troverebbe soccombente di fronte ad analoga *replicatio*³².

Ma se la maggior parte degli studiosi legge nella chiusa neraziana di D. 19.1.31.2, Ner. 3 *membr.*, “*si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*”, l'espressione di una regola generale per cui il possessore *ad usucapionem* si sarebbe sempre trovato a cedere di fronte al *dominus ex iure Quiritium*, così come anche di fronte agli aventi causa da lui, regola evidentemente seguita da Giuliano e dopo di lui da Ulpiano³³, poco si è riflettuto sul fondamento di tale regola, vale a dire sull'*aequitas* al fondo della visione della proprietà civilistica. L'esplicito riferimento nei passi ora considerati all'equità che sorregge pure l'argomentazione giuliana, credo imponga di concludere che, almeno per quanto attiene ai conflitti tra diversi soggetti in ordine al possesso dei beni, la visione proprietaria di Nerazio non sia rimasta affatto isolata, finendo col convincere il quasi contemporaneo Giuliano che l'avrebbe dunque imposta e tramandata al severiano Ulpiano.

E non è tutto. Sul tema appena esplorato Nerazio non appare un interlocutore privilegiato solo di Ulpiano, ma pure dell'altro grande severiano Paolo. Disponiamo infatti almeno di una testimonianza che attesta di una singolare vicinanza tra costoro.

³¹ Mi sembra corretto il suggerimento avanzato da DI LELLA, *Formulae* cit. 107, accolto pure da BURDESE, *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana* cit., 124, di sostituire il ‘*praetorem*’ di D. 44.4.4.32 con ‘*priorem*’, che figura pure nel dettato di D. 21.3.2.

³² Sempre secondo il BONFANTE, *Sulla “exceptio rei venditae et traditae”* cit. 458, il riferimento all'eccezione presente soltanto in uno dei tre passi si giustificerebbe ipotizzando un intervento soppressivo da parte dei Compilatori. Così come l'assenza di un riferimento esplicito a Giuliano in D. 6.1.72 non compromette il fatto che anche in quel passo Ulpiano avesse avuto presente il collega, laddove le testimonianze siano poste a confronto tra di loro. Per un inquadramento generale rinvio allo studio di S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010, in specie 353 ss.

³³ Ne è convinto assertore BONFANTE, *Corso di diritto romano II. La proprietà*, Roma 1930 (rist. 1974), 2.438. Opinione ripresa con ancor maggior vigore da F. GALLO, *Un capitolo di storia della pubblicità*, in *Labeo* 3, 1957, 121.

Si tratta di

D. 50.17.128pr.-1, Paul. 19 *ad ed.*: *In pari causa possessor potior haberi debet. 1 Hi, qui in universum ius succedunt, heredis loco habentur*³⁴.

Nel *principium* Paolo enuncia la *regula* per cui il possessore effettivo ha un titolo poizore e il successivo paragrafo 1 mi sembra che si colleghi coerentemente con la prospettiva di Nerazio di riconoscere ai successivi aventi causa dal proprietario la medesima posizione di quest'ultimo. Il dato poi dell'essere il passo escerpito dal commento del giurista all'editto pretorio, rende ipotizzabile che il punto di osservazione iniziale fosse quello relativo al contenuto dell'editto Publiciano, conclusione resa vieppiù probabile dalla circostanza per cui il libro 19 *ad edictum* di Paolo è, secondo Lenel, proprio dedicato all'azione Publiciana³⁵.

A ciò potrebbe aggiungersi un altro esploratissimo testo, considerato dalla romanistica per lo più in riferimento agli effetti della *mora solvendi*:

D. 45.1.91, Paul. 17 *ad Plaut.*: *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minusolvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?*

Quello che in questa sede ci interessa più da vicino è la chiusa del passo³⁶ in cui Paolo si chiede se, di fronte a due posizioni entrambe parimenti

³⁴La posizione di Paolo, qui espressa in linea generale, trova una sua specifica declinazione sia ancora nella visione del giurista (D. 13.7.20.1, Paul. 29 *ad ed.*), sia in quella di Ulpiano (D. 20.1.10, Ulp. 73 *ad ed.*), in una "*aequalis omnium causa*" di concreditori pignoratizi solidali, per cui a prevalere sarà chi di essi possiede il pegno. Sull'interpretazione congiunta dei due escerti, rinvio, per tutti, da ultima a F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, 227 ss.

³⁵LENEL, *Palingenesia* I cit., 999 e nt. 4.

³⁶Sull'interpretazione del passo, si vedano: KASER, 'Perpetuari obligationem', in SDHI

degne di tutela, non sia da privilegiare quella di colui che possiede piuttosto che quella di colui che cerca giudizialmente di ottenere. Se è difficile pensare di estendere con sicurezza la chiusa paolina oltre i limiti della fattispecie concretamente considerata nel passo, a mio avviso è pur vero che non vi sono motivi sufficienti per escludere che nella visione del Severiano fosse in ogni caso da privilegiarsi la situazione dell'attuale possessore. Una conclusione questa su cui si dovrà riflettere più compiutamente nelle pagine che seguiranno³⁷.

2. D. 27.10.9, una soluzione equitativa in tema di *bonorum distractio*

La nostra indagine deve proseguire ora attraverso la lettura del secondo testo indicato in apertura, escerpito sempre dalle *membranae* e dunque direttamente attribuibile al giurista proculiano:

D. 27.10.9, Ner. 1 *membr.*: *Cuius bonis distrahendis curatores facere senatus permisit, eius bona creditoribus vendere non permisit, quamvis creditores post id beneficium bona vendere mallent: sicut enim integra re potestas ipsorum est utrum velint eligendi, ita cum alterum elegerint, altero abstinere debent. Multoque magis id servari aequum est, si etiam factus est curator, per quem bona distraherentur, quamvis nondum explicato eo negotio decesserit. Nam et tunc ex integro alius curator faciendus est neque heres prioris curatoris onerandus, cum accidere possit, ut negotio vel propter sexus vel propter aetatis infirmitatem vel propter dignitatem maiorem minoremve, quam in priore curatore spectata erat, habilis non sit, possint etiam plures heredes ei existere neque aut per omnes id negotium administrari expediat aut quicquam dici possit, cur unus aliquis ex his potissimum onerandus sit.*

46, 1988, 87 ss.; CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57, 1991, 361 ss.; ID., *Perpetuatio obligationis*, in *SCDR* 4, 1992, 49 ss.; ID., *Quod veteres constituerunt. Sul significato originario della 'perpetuatio obligationis'*, in *Iurisprudentia Universalis. Fest. Mayer Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, 85 ss.; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca I*, Padova 2011, 268 ss. Segnalo, inoltre, soprattutto per la prospettiva completa ed ariosa, il saggio di A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio a proposito di una quaestio de bono et aequo*, in *Studi per Giovanni Nicosia V* (a cura di E. Nicosia), Milano 2007, 121 ss. (= *Variae I*, Lecce 2012, 635 ss.). Da ultimo, R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, in *AUPA* 57, 2014, 177 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

³⁷ In particolare, si legga quanto si osserva alla pag. 55 ss.